لمالكه السعادة والسلامه ❁ وطول العمر ما غنت حمامه
وعز دائم لا ذل فيه ❁ يصاحبه الى يوم القيامه



الجزء الاول من

توضيح الاحكام على تحفة الحكام

تاليف
العلامة النحرير والدراكة الشهير الشيخ سيدي
عثمان بن المكي التوزري الزبيدي احد
اعيان المدرسين من الطبقة العليا بجامع
الزيتونة الاعظم بتونس عمره
الله بدوام ذكره
آمين



أطلب العلم ولا تكسل فما ❁ أبعد الخير على أهل الكسل
لا تقل قد ذهبت اربابه ❁ كل من سار على الدرب وصل
واحتفل للفقه في الدين ولا ❁ تشتغل عنه بمال وخول

طبعة اولى

بالمطبعة التونسية - نهج سوق البلاط عدد ٥٧ - تونس
سنة ١٣٣٩

بسم الله الرحمن الرحيم

يقول العبد الفقير الى الله عز وجل أحكم الحاكمين عثمان بن بلقاسم بن المكى شهر عثمان بن المكي التوزري الزبيدي وفقه الله تعلى بمنه وكرمه امين . الحمد لله الذي أوجب على أولي الامر العدل في القضآء بين الناس وإقامة الميزان . وحرم الظلم والجور وشهادة الزور وأكل أموال الناس بالباطل وما يخل بعدالة الانسان . وأمر بحفظ اليمين ومدح من أمر بالصلح بين الخصوم ليزول عنهم الشحنآء والشنئان . وأباح لنا النكاح . وحرم علينا الزنى والسفاح . وأحل الطلاق والبيع وحرم الربا والخدعة والتدليس . وأمر بالوصية وقسم المواريث بنفسه سبحانه وتعلى بين خلقه لياخذ كل ذي حق حقه من ذلك بلا نزاع من الخسيس والنفيس . فيا ويل من منع أصحاب الحقوق من ذلك وما أبعده عن الجنه . لاقتدائه بعمل الجاهلية في حرمان الاناث من الميراث وتركه ما جاء به الكتاب والسنه . والصلاة والسلام على سيدنا محمد صاحب الشريعة السمحآء الطاهره . المؤيد صدقه بالمعجزات والحجج

الباهرة الظاهرة ، النبيء الامين والرسول الكريم المختار ، وعلى ءاله وأصحابه والتابعين وتابع التابعين السادة الابرار ، وعلى العلماء الذين هم ورثة الانبياء أولياء الله تعالى الامرون بالمعروف والناهون عن المنكر وعلينا معهم صلاة وسلاما دائمين متلازمين إلى يوم القرار فريق فى الجنة وفريق فى النار ، اللهم اني استغفرك واتوب اليك واستعيذك من الشيطان الرجيم ومن شر القرين الغدار ، ومن شر شرار هذه الامة العجالين الفجار ، وبعد فهذا شرح لطيف المباني سهل المعاني ، على تحفة الحكام حملني عليه تسهيل طريق العلم للمتعلمين ، وإحياء صناعة التآليف للمعاصرين ، رجاء لتحصيل الاجر والثواب من رب العالمين ، لا لحظوظ النفس واتباع الهوى ، وقد قال عليه الصلاة والسلام إنما الاعمال بالنيات وإنما لكل امريء ما نوى ، سميته (توضيح الاحكام على تحفة الحكام) لخصته من شروحها وغيرها من الكتب المعتمدة بتتبع مسائل كل باب من الابواب ، متحريا في ذلك بقدر جهدي ومعبرا عن معانيها بعبارات واضحة أشهى من لب اللباب ، عند ذوي الالباب ، ينشرح له صدر الكريم المنصف الودود ، ولا علينا فيما يتقوله اللئيم الحسود ، فكان من الواجب على من استنقصه وازدرى به من اهل الفخفخة الفارغة ان ياتي باحسن منه لينتفع به الناس ، فهذا القلم والدواة والكتب والقرطاس ، يا اهل السقائف الغمازين الهمازين ، هاتوا برهانكم ان كنتم صادقين ، واني على يقين بأنني لست من الكاملين ، وانه لا ينجو أحد من الخطإ والزلل ، إلّا من عصمه الله عز وجل ، فنسأله سبحانه وتعلى ان ينجينا من العثرات ، ويحفظنا من الهفوات ، وعلى كل حال فالتشبه بالرجال والاشتغال بالعلم خير ونعيم ، والرضى عن النفس والاشتغال بالناس والقيل والقال شر ذميم ، فسوداء ولود خير من حسناء عقيم ، من حسن اسلام المرء تركه ما لا يعنيه ، واشتغاله بما له فائدة فيه ، اذ لا يخفى أن منزلة العلم عند الله تعلى من أعلا المنازل ، وفضيلته من أفضل المئاثر والفضائل (فصل) فيما جاء في فضل العلم والاشتغال به من الكتاب والسنة وكلام الايمه ، قال ابوحفص

عمر بن علي اللخمي السكندراني المعروف بابن الفاكهاني ومن افخر ما جاء
به الكتاب العزيز في ذكر العلم إعلام الله تعلى نبيه تعظيم منته عليه فقال عز وجل
وأنزل الله عليك الكتاب والحكمة وعلمك ما لم تكن تعلم وكان فضل الله عليك عظيما ،
وقال تعلى قل هل يستوي الذين يعلمون والذين لا يعلمون ، إنما يتذكر أولوا
الالباب ، ومما يدل على فضل العلم عما دونه من سائر الطاعات قصة آدم والملائكة
عليهم السلام اذ قال الله تعلى إني جاعل في الارض خليفة قالوا أتجعل فيها من
يفسد فيها ويسفك الدماء ونحن نسبح بحمدك ونقدس لك قال إني أعلم ما لا
تعلمون لما ذكرت الملائكة ما هم عليه من انواع العبادات خلق الله تعلى آدم وعلمه
ما لم تعلمه الملائكة من الاسماء وأراد أن يخصه بذلك رفعا لقدره عليهم وتمييزا
لصفته على صفتهم ثم عرضهم على الملائكة فقال أنبئوني بأسماء هؤلاء ان كنتم
صادقين فلما تبين لهم أنهم غير عالين بما سئلوا عنه قالوا سبحانك لا علم لنا إلّا
ما علمتنا فأمر الله تعلى آدم أن ينبئهم فأنبأهم واعلمهم ما لا يعلمون فأمروا عند ذلك
بإظهار التعظيم له والتفخيم لشأنه بأن يسجدوا له وقيل لهم اسجدوا لادم فخروا له
جميعا ساجدين لم يتخلف عن السجود احد إلّا إبليس فاستوجب من الله اللعنة الى
يوم الدين ، ومما يدل على فضل العلم وفضيلته على ما عداه من الطاعات قصة موسى
صلى الله عليه وسلم نجي الله وصفوته الذي اختاره على أهل زمانه قال له إني
اصطفيتك على الناس برسالتي وبكلامي لما علم صلى الله عليه وسلم أن في الارض من
هو أعلم منه رحل في طلبه هذا مع ما آتاه الله عز وجل من العلم فقال تعلى وكتبنا
له في الالواح من كل شيء موعظة وتفصيلا لكل شيء رحل في طلب زيادة علم
فقال لا أبرح حتى أبلغ مجمع البحرين او امضي حقبا اي زمنا غير محدود بل يسير
أبدا فلو كان فوق العلم رتبة لكانت نفسه الزكية وعقله الاشرف إلى ذلك اشوق
وارغب في تحصيله مما هو دونه وقد تضمنت قصة موسى عليه السلام ابطال قول
من يدعي في المكاشفة والاطلاع على الغيوب وتحصيل العلم انه يؤخذ من ممارسة

الفكر والتقشف والاقبال على الحق بالكلية وغير ذلك من دعاويهم فلو كان الامر
كذلك لدله الخضر عليه السلام على استعمال الفكرة والتقشف وما اشبه ذلك ولم
يكتم عليه النصيحة حيث قال له هل اتبعك على ان تعلمني مما علمت رشدا ، ومما
يدل على شرف العلم في كتاب الله عز وجل قصة سليمان عليه الصلاة والسلام مع
الهدهد حيث قال ما لي لا ارى الهدهد ام كان من الغائبين لاعذبنه عذابا شديدا او
لاذبحنه او لياتيني بسلطان مبين فما راح نبي الله سليمان صلى الله عليه وسلم عن
مجلسه ان جاء الهدهد فقال احطت بما لم تحط به انظر الى استعلاء حجته بالعلم
وكيف اطمأنت نفسه وقوي كلامه في مجلس نبي الله وعظيم ملكه الذي وهب له
ملك لا ينبغي لاحد من بعده من الجن والانس وتفخيم نفسه عليه بقوله احطت
بما لم تحط به فسكن غضبه وهدأ جاشه عما توعده به من العذاب والذبح لمكان ما
هو عليه من العلم الذي ادعاه واكرمه وجعله سفيره ورسوله الى بلقيس ولا يعظم
إلّا معظما ، ومن اعذب ما وقعت به الاشارة الى ذلك قوله تعلى وما علمتم من
الجوارح مكلبين الى قوله مما امسكن عليكم ومعلوم انه لا أخس في النفوس من
الكلب ثم وقع الاهتمام به فيما يتعلق بعلمه حتى كان فعله معتبرا بان كان صيده
مباحا محترما لا يجوز اتلافه عبثا بخلاف ما قتله كلب غير معلم فانه محرم نجس
مبعد مرفوض وصورة القتل والاخذ في الموضعين لا تختلف لاكن لمكانة علم احد
الكلبين فضل عمله والاخر لمكانة جهله دحض عمله فهذا يدل دلالة واضحة على
شرف العلم في نفسه اذ قد شرف غيره به فلولا شرفه في نفسه لما شرف غيره به ،
وقد شرف الله العلماء غاية الشرف حيث أوقع ذكرهم في ثالث رتبة منه فقال
تعلى شهد الله انه لا إلاه إلّا هو والملائكة واولوا العلم وناهيك بها مزية تخصيصهم
بهاته الرتبة دون سائر الخلق ، ومن ذلك قوله تعلى اولائك هم خير البرية الى قوله
لمن خشي ربه ، ومن ذلك قوله تعلى ولو ردوه الى الرسول والى اولي الامر منهم
لعلمه الذين يستنبطونه منهم فأشار تعلى الى ان ترد اليهم الامور المشكلة لكونهم

أعلم باسباب كشف حكم الله في كل معضلة ، وقال تعالى واطيعوا الله واطيعوا الرسول وأولي الامر منكم قال المعتبرون من اهل التفسير أولو الامر العلماء فقرن طاعتهم بطاعته لكونهم حمال شريعته ، وقال تعلى يرفع الله الذين آمنوا منكم والذين اوتوا العلم درجات فذكر اهل العلم مرتين عموما ثم خصوصا تنويها بذكرهم ، وقال تعلى فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون فأمر الجهال بسؤال العلماء لكونهم ورثة الانبياء عليهم الصلاة والسلام الى غير ذلك من الايات الدالة على فضيلة العلم وشرفه ، وأما ما جاء في ذلك من السنة فكثير لا يعد ولا يحصى ، من ذلك قوله صلى الله عليه وسلم من يرد الله به خيرا يفقهه في الدين وفي هذا الحديث من الفقه ان الله سبحانه وتعلى قال ان الدين عند الله الاسلام وكون المراد بالدين هاهنا الاسلام بدليل حديث بني الاسلام على خمس شهادة ان لا إلاه إلّا الله وأن محمدا رسول الله وإقام الصلاة وإيتاء الزكاة وصوم رمضان وحج البيت من استطاع إليه سبيلا فالفقه في الدين هو الفقه بهذه الخمس وذلك انها عبادة محضة وهي تكملة اسلام المؤمن وما يتفرع منها حاوية شاملة لما تقررت فيه المذاهب أصولا وفروعا ، وقوله صلى الله عليه وسلم من سلك طريقا يطلب فيه علما سلك الله به طريقا من طرق الجنة وان الملائكة لتضع اجنحتها رضى لطالب العلم وان العالم ليستغفر له من في السموات ومن في الارض والحيتان في جوف الماء وان فضل العالم على العابد كفضل القمر ليلة البدر على سائر الكواكب وان العلماء ورثة الانبياء وان الانبياء لم يورثوا دينارا ولا درهما وورثوا العلم فمن اخذه اخذ بحظ وافر فقوله عليه الصلاة والسلام العلماء ورثة الانبياء غاية في التفضيل فان ما خلف الشيء قام مقامه فيشمله من فضل اصله ومعلوم ان العلماء يخلفون الانبياء فيما اوحى الى الانبياء لان النبي إنما أرسل ليبين للخليقة ، قال الله تعلى وأنزلنا اليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم والعالم يقوم هذا المقام بعد النبيء صلى الله عليه وسلم فانه يحفظ الشريعة وما انزل الى الرسول ويبلغه الناس ويبين لهم ما أشكل عليهم من امر دينهم الذي كان بيانه على الرسول

فسد العلمآء في ذلك مسد الانبياء وقاموا مقامهم فكأنهم في المعنى انبيآء لانهم يكلمون الناس بما أوحى الله تعلى والوحي اوتي اليهم بواسطة الرسول والتعليم كما أوتي الوحي الى الرسول بواسطة الملك وقد جعل الله تعلى رتبتهم تلي رتبة الانبياء ، قال عز وجل وأطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الامر منكم فقيل أولوا الامر علماء الدين كما تقدم إلّا أن قوله عليه الصلاة والسلام وان الانبياء لم يورثوا دينارا ولا درهما وانما ورثوا العلم تنبيه على ان جمع الحطام ليس من شيم الانبياء عليهم الصلاة والسلام وحق الوارث لهم والنازل منزلتهم أن يكون فيما ورثه عنهم لا يتخذ العلم سوقا ويجعله لكسب الدنيا طريقا ، قال سحنون رحمه الله لان اطلب الدنيا بالدف والزمار أحب إلي من ان اطلبها بالدين ، وعنه صلى الله عليه وسلم انه قال ما عبد الله بشيء افضل من فقه في الدين ولفقيه واحد أشد على ابليس من الف عابد ولكل شيء قوام وقوام الدين الفقه ولكل شيء دعامة ودعامة الدين الفقه ، واما ما جاء في ذلك من الاثار عن السلف الصالح رضي الله تعلى عنهم فعن معاذ رضي الله عنه انه قال تعلموا العلم فان تعلمه لك حسنة وطلبه عبادة ومذاكرته تسبيح والبحث عنه جهاد وتعليمه لمن لا يعلمه صدقة وبذله لاهله قربة ، وعن وهب ابن منبه قال يتشعب من العلم الشرف وان كان صاحبه دنيا والعز وان كان مهينا والقرب وان كان قصيا والغنى وان كان فقيرا والمهابة وان كان وضيعا والسيادة وان كان سفيها ، وعن الفضيل رضي الله عنه عالم معلم يدعي كبيرا في ملكوت السموات ، وقيل العالم كالعين العذبة نفعها دائم ، وقال الشافعي رحمه الله طلب العلم افضل من صلاة النافلة ، وقال ليس بعد الفرآئض افضل من طلب العلم ، وقال من اراد الدنيا فعليه بالعلم ومن اراد الاخرة فعليه بالعلم ، وقال ان لم يكن العلمآء اولياء فليس لله ولي ، وقال البخاري في اول كتاب الفرآئض من صحيحه قال عقبة بن عامر رضي الله عنه تعلموا العلم قبل الظانين قال البخاري يعني الذين يتكلمون بالظن ومعناه تعلموا العلم من اهله المحققين الورعين قبل ذهابهم ومجيء قوم يتكلمون في العلم تميل اليه

نفوسهم وظنونهم التي ليس لهـا مستند شرعي وفي الفائق لابن راشد القفصي قال سمعت الامام الأوحد ناصر الدين ابن المنير رحمة الله عليه يقـول بالاسكندرية المحروسة أبو الافادة أفضل من أبي الولادة قال لان الله عز وجل علم آدم الاسماء كلها ثم أمره أن يعلمها الملائكة قال فلما علمهم إياهـا حصل له عليهم فضل العلم على المتعلم فامرهم الله عز وجل عند ذلك بالسجود له قـال فقد أمر الله بالسجود لابي الافادة ولم يامر به لابي الولادة وما ذكره رحمة الله تعـلى عليه من اقوى الادلة على فضل العلم ، واما ما جاء في فضيلة التعليم قول الله تعلى فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين ولينذروا قومهم إذا رجعوا اليهم لعلهم يحـذرون فقولـه لينذروا قومهم المراد به التعليم والارشاد ، وقوله تعلى واذ اخذ الله ميثاق الذين أوتوا الكتاب لتبيننه للناس ولا تكتمونه وهو إيجاب التعليم ، وقال عليه الصلاة والسلام ما اتى الله عالما علما إلّا اخذ الله عليه من الميثاق ما اخذ على النبيئين ان يبينه للناس ولا يكتمه ، وقال لمعاذ لما بعثه الى اليمن لان يهدي الله بك رجلا واحدا خير لك من الدنيا وما فيها ، ثم قال ابن الفاكهاني واعلم ان كل ما ذكرنا من الفضل في طلب العلم انما هو فيمن أراد به وجه الله تعلى لا لغرض من الدنيا ومن اراده لغرض دنيوي كمال او رئاسة او منصب او وجاهة او شهرة او استمالة الناس اليه او قهر المناظرين بالحق او نحو ذلك فهو مذموم حرام ، قال الله تعلى من كان يريد حرث الاخرة نزد له في حرثه ومن كان يريد حرث الدنيا نؤته منها وما له في الاخرة من نصيب ، وقال تعلى من كان يريد العاجلة عجلنا له فيها ما يشاء لمن نريد ثم جعلنا له جهنم يصلاهـا مذموما مدحورا ، وقال تعلى وما امروا إلّا ليعبدوا الله مخلصين له الدين ، وقال عليه الصلاة والسلام من طلب العلم ليماري به السفهاء ويكاثر به العلماء او يصرف به وجوه الناس اليه فليتبوأ مقعده من النار ، وقال صلى الله عليه وسلم أشد الناس عذابا يوم القيامة عالم لا ينتفع بعلمه ، وعنه صلى الله عليه وسلم شر الناس شرار العلماء ، وعن علي ابن ابي طالب رضي الله عنه قال يا حملة العلم اعملوا به فانما العالم من

عمل بما علم ووافق علمه عمله فسيكون امرآء يحملون العلم لا يجاوز تراقيهم يخالف عملهم علمهم ويخالف سريرتهم علانيتهم يحلقون حلقا يباهي بعضهم بعضا حتى ان الرجل ليغضبه على جليسه ان يجلس الى غيره ويدعه أولائك لا تصعد أعمالهم في مجالسهم تلك الى الله تعلى ، وعن حماد بن سلمة من طلب العلم لغير الله مكر به ، ومن افضل ما يستعان به على طلب العلم تقوى الله العظيم فانه تعلى يقول واتقوا الله ويعلمكم الله ، وقال تعلى يا ايها الذين ءامنوا ان تتقوا الله يجعل لكم فرقانا فحصول الفرقان وهو الفرق بين الحق والباطل لا يكون إلّا بتقوى الله عز وجل انتهى فنسال الله سبحانه وتعلى ان يجعل اعمالنا كلها خالصة لوجهه الكريم إنه على ذلك لقدير وبالاجابة جدير ، وكان ممن شملته عناية الله تعلى فجد في طلب العلم وتحصيل مهماته فتعلم وتحلى بفضيلته وعلم فانتفع الناس بعلومه في حياته وبعد مماته ابو بكر محمد بن محمد بن محمد بن محمد بن عاصم الاندلسي الغرناطي قاضي الجماعة بها العلامة الرئيس كان مولده في يوم الخميس ثاني عشر جمادى الاولى من عام ستين وسبعمائة وولي خطة القضاء في صفر من عام عشرين وثمانمائة بمدينة وادءاش ثم نقل عنها الى قضاء الجماعة بحضرة غرناطة وتوفي في يوم الخميس حادي عشر شوال عام تسعة وعشرين وثمانمائة ، ومن شيوخه الاستاذ الشهير أبو سعيد فرج بن لب وله تاليف عديدة مفيدة تدل على غزارة علمه ومكانة تحصيله ، منها رجز مهيع الوصول في علم الاصول اصول الفقه ، والرجز الصغير سماه مرتقى الاصول في الوصول كذلك ، ونظم اختصار المواقيت ، وقصيدة ايضاح المعاني في قراءة الداني ، وقصيدة الامل المرقوب في قرآءة يعقوب ، وقصيدة كنز المفاوض في الفرائض ، ورجز الموجز في النحو مثل رجز ابن مالك ، وكتاب الحدائق في الادب ، واراجيز تحفة الحكام التي عم بها النفع بين الانام كما في الديباج واليها اشار رحمه الله تعلى بقوله

(ألحمد لله الذي يقضي ولا * يقضى عليه جل شأنا وعلا)

(ثم الصلاة بدوام الابد * على الرسول المصطفى محمد)

(وآله والفئة المتبعه * في كل ما قد سنه وشرعه)

بدأ الناظم رحمه الله تعلى كتابه بالحمد لله اقتداء بالكتاب العزيز في فاتحة الكتاب على القول بان البسملة ليست آية منها وعملا بقوله صلى الله عليه وسلم كل أمر ذي بال لا يبدأ فيه بالحمد لله فهو أقطع وفي رواية بحمد الله وفي رواية بالحمد فهو أقطع وفي رواية كل كلام لا يبدأ فيه بالحمد لله فهو أجذم وفي رواية كل امر ذي بال لا يبدأ فيه ببسم الله الرحمان الرحيم فهو اقطع وفي الفواكه الدواني على رسالة الشيخ ابن ابي زيد القيرواني لا تعارض بين هاته الروايات لان المقيد منها يحمل على المطلق فكل لفظ ابتدىء به منها يحصل المقصود لان الغرض الثناء على الله وهو يحصل بمطلق ذكر ولا يقال القاعدة عكس هذا الحمل لان المعروف عند الاصوليين حمل المطلق على المقيد كما في آيتي الظهار والقتل فانهم حملوا الرقبة المطلقة في الظهار على المقيدة في كفارة القتل بالمؤمنة لانا نقول قاعدة الاصوليين مشروطة بكون القيد واحدا واما اذا تعددت القيود وتخالفت فيرجع للمطلق او يحمل حديث البسملة على المبدإ الحقيقي وهو جعل الشيء اول عمل يعمل بحيث لم يسبقه شيء وحديث الحمدلة على الاضافي وهو الذي يكون امام المقصود بالذات او ان الغرض من الروايات تخيير البادىء في العمل برواية منها لان الخبرين اذا تعارضا ولم يعلم سبق ولا نسخ فانه يخير في العمل بأحدهما على رأي بعض اهل العلم كما في الاصول انتهى . فان قيل لم لم يبدأ مالك رضي الله عنه في موطاه بحمد الله تعلى كما جاء في الحديث وهو في الحديث ماهر فما وجه تركه لذلك . اجيب بان الذي يقتضيه الحديث ان يحمد لا ان يكتب ولا خفاء في ان مالكا رحمه الله حمد الله بلسانه فان الحديث مشهور فيبعد خفاؤه عليه او أن لفظة الحمد ليست متعينة لتسميته حمدا لقولهم الحمد هو الثناء وقد اثنى على الله تعلى في كتابه الموطأ فقال بسم الله الرحمان الرحيم

قالوا والتسمية من ابلغ الثناء ويؤيد هذا مجيئه في رواية كما تقدم ، وقوله ذي بال اي صاحب شأن وحال يهتم به ومعنى اقطع او اجذم ناقص ومن المعلوم ان الشيء الناقص لا يهتم به ولا يعتبر لانه قليل البركة ولهذا قال العلماء رحمهم الله تعلى تستحب البداءة بالحمد لله والصلاة على النبيء صلى الله عليه وسلم لكل مصنف ومدرس وخطيب وخاطب ومتزوج ومزوج وسائر الامور المهمة وان تقديم الثناء على الله تعلى بمنزلة هدية المستشفع قبل مسئلته رجاء ان ينتفع بذلك في قضاء حاجته ، ومعنى الحمد الثناء على المحمود بجميل صفاته وافعاله ولام لله للاستحقاق اي جميع المحامد مستحق لله تعلى ومعنى الله هو المعبود بحق ، قال بعض العلماء يجب على الانسان ان يحمد الله في ثمانية اوجه ، الاول ان اوجده من العدم ، الثاني ان خلقه حيوانا ولم يخلقه جمادا ، الثالث ان خلقه ناطقا ولم يخلقه غير ناطق ، الرابع ان خلقه ذكرا ولم يخلقه انثى ، الخامس ان خلقه مسلما ولم يخلقه كافرا ، السادس ان جعله سنيا ولم يجعله بدعيا ، السابع ان جعله من اهل العلم ولم يجعله من اهل الجهل ، الثامن ان وفقه لمعرفة هذا الرب ولم يضلله ، وزيد عليها نعم نيل اللذات ، وسلامة الحواس ، وما ينتفعون به مما تميل اليه طباعهم وتصلح عليه اجسامهم وغير ذلك من النعم التي لا تحصى كثرة ومن حصرها في الثمانية فلعله اراد المهم من ذلك والله اعلم ، وقول الناظم (الذي يقضي ولا يقضى عليه جل شأنا وعلا) وصف كمال وعظمة لله تعلى يجب على كل مكلف اعتقاده ومعناه انه سبحانه وتعلى يحكم ولا يحكم عليه جل شأنه وعظم امره وعلا قدره لا يسأل عما يفعل وهم يسئلون ، وفي البيت اشارة لطيفة الى كون القاضي لما كان مقضيا عليه من الله سبحانه وتعلى ومن السلطان الذي ولاه يجب عليه ان يستشعر بذلك الخوف من عاقبة الجور والظلم والحكم بالظن ويتحرى الصواب للعدل قال العلامة الجليل النوازلي الشيخ الزقاق في المنظومة الفرعية ما نصه

وفكرك فرغ واطلب النص وافهمن * فبعد حصول الفهم قطعا لتفصلا

ويتذكر يوم القضاء والفصل الذي لا ينفع فيه مال ولا بنون إلّا من اتى الله بقلب سليم ، وان الذي بيده من القضاء يزول ولا يدوم يماثله ما بيد من ولاه من الملوك والسلاطين ، وانما القضاء الحقيقي لله رب العلمين يقص الحق وهو خير الفاصلين ، وفي البيت ايضا من المحسنات البديعية براعة الاستهلال وهي ان ياتي المتكلم في اول كلامه بما يشعر بمقصوده فانه لما كان قصده ان يتكلم في احكام القضا ذكر وصفا من اوصاف الله تعلى وهو انه يقضي ولا يقضى عليه ، ولما حمد الله سبحانه وتعلى واثنى عليه اتبعه بالصلاة على النبيء صلى الله عليه وسلم والثناء عليه فقال (ثم الصلاة بدوام الابد * على الرسول المصطفى محمد) إلّا انه فاته ذكر السلام مع الصلاة الذي هو مستحب على ان الجمع بينهما وبين ذكر الال والصحب وغيرهما ممكن فى بيت واحد كقول الشيخ ابن عاشر فى المرشد المعين

صلى وسلم على محمد * وآله وصحبه والمقتدي

وقد ارشدنا الله سبحانه وتعلى الى ذلك بقوله العزيز ان الله وملائكته يصلون على النبيء يأيها الذين آمنوا صلوا عليه وسلموا تسليما ، وخص السلام بالمؤمنين في الاية دون الله والملائكة لان السلام تسليم النبيء صلى الله عليه وسلم عما يؤذيه فلما جاءت هذه الاية عقب ذكر ما يؤذيه والاذاية انما هي من البشر ناسب التخصيص بهم كذا نقله الشريف العمراني عن بعض الفضلاء ومعنى الصلاة والسلام والرسول والمصطفى واضح وقوله بدوام الابد متعلق بمحذوف حال من الصلاة اي موقتة بدوام الابد ، وآله صلى الله عليه وسلم اقاربه المؤمنون من بني هاشم ، ومعنى الفئة الجماعة والمتبعة يجوز فيه كسر الفاء وفتحها والمراد بالفئة المتبعة الصحابة والتابعون وتابع التابعين رضي الله تعلى عنهم اجمعين ولا شك انهم متبعون لطريقة النبيء صلى الله عليه وسلم وسنته مما شرع لهم من الدين قال عليه الصلاة والسلام خيركم قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم الحديث وجملة شرعه عطف تفسير على جملة سنه ، فائدة الشرع لغة البيان واصطلاحا تجويز الشيء او تحريمه اي

جعله جائزا او حراما ، الشارع مبين الاحكام ، الشريعة الطريقة في الدين ، المشروع ما اظهره الشرع ، الدين ما ورد به الشرع من التعبد وقوله

(وبعد فالقصد بهذا الرجز * تقرير الاحكام بلفظ مؤجز)

(آثرت فيه الميل للتبيين * وصنته جهدي من التضمين)

(وجئت في بعض من المسائل * بالخلاف رعيا لاشتهار القائل)

(فضمنه المفيد والمقرب * والمقصد المحمود والمنتخب)

الابيات الاربعة يعني مهما يكن من شيء بعد حمد الله والثناء عليه والصلاة على رسول الله وءاله والجماعة المتبعين له فيقول ناظمه ان المقصود بهذا النظم الذي هو من بحر الرجز تقرير الاحكام وتبيينها بلفظ مؤجز اي بكتاب مختصر قليل الحروف كثير المعاني حالة كونه اختار فيه الميل والركون للتبيين ولو ادى الى بعض البسط في العبارة خوفا من عيب الاجمال والخفاء والاحتمال اذ الحكم بالمجمل او المحتمل لا يجوز وانه صان رجزه وحفظه بقدر جهده وطاقته من عيب التضمين وهو ان لا يتم معنى البيت إلّا بالذي يليه بان تتعلق قافية البيت الاول بالبيت الثاني كقول ابي اسحق ابراهيم بن الحاج احد شيوخ الناظم لا معاصر ابن رشد في ارجوزته المسماة بالياقوتة فى حكم رجوع الشاهد عن شهادته

وان يك الرجوع بعد الحكم لم * يجز ويغرم امتثالا للحكم

جميع ما اتلف بالشهادة * فصل وفي بدإ وفي اعادة

يلزم من يقضي بان يسعف من * كلفه الكتب لحكام الزمن

بما به قضى الى آخر ما قال في الابيات التي تعلق فيها كل من قافية البيت الاول بالثاني وانه في الغالب اذا كانت المسالة خلافية يقتصر فيها على ذكر قول واحد اما لمشهوريته او لجريان العمل به وفي غير الغالب يذكر ما جاء من الخلاف في المسئلة بان يحكي

فيها قولين او اكثر لغرض له في ذلك اما لشهرتها او لجريان العمل بجميعها او لكون القائل بها مشهورا بالعلم والديانة له مكانة في تحقيق النوازل تمنع من اهمال قوله فلربما يحتاج الى العمل به في بعض الاحوال وان خالف الاقوى منه ، ومعتمد في نقله لرجزه هذا على مفيد الحكام للقاضي ابي الوليد أحمد بن هشام الهلالي الغرناطي المتوفى عام خمسمائة وثلاثين والمقرب والمنتخب لابي عبد الله محمد بن عبد الله بن عيسى ابن ابي زمنين بفتح الزاي والميم وكسر النون كان من كبار الفقهاء المتوفى عام ثلاثمائة وتسع وتسعين ، والمقصد المحمود لابي الحسن علي بن محمد الصنهاجي من بلاد الريف قاضي الجزيرة الخضراء الاندلسية ولهذا نسب اليها فقيل فيه الجزيري المتوفى عام خمسمائة وخمسة وثمانين كما في الديباج وقدمهم على غيرهم في الاعتماد لشهرتهم في علم القضاء وامانتهم وكمال معرفتهم فنقل من كتبهم المذكورة مسائل مهمة لا أنه ضمن جميع ما فيها وفي تسمية هذه الكتب تورية واشارة الى ان هذا النظم مشتمل على هاته الاوصاف وهي كونه مفيدا ومقربا ومنتخبا ومقصدا محمودا لمن وفقه الله تعلى للاعتناء به وقوله

(نظمته تذكرة وحين تم * بما به البلوى تعم قد الم)

(سميته بتحفة الحكام * في نكت العقود والاحكام)

(وذاك لما ان بليت بالقضا * بعد شباب مر عني وانقضا)

الابيات الثلاثة اخبر الناظم رحمه الله تعلى انه لما ابتلي بخطة القضاء بعد مرور الشباب وانقضائه كما تقدم بيانه في ذكر تاريخه نظم هذا الرجز ليكون تذكرة ومرجعا لمن اراد المراجعة فيه وحين تم وكمل حالة كونه مشتملا على نفائس المسائل الفقهية ونوادرها التي تكون احكاما على ما تعم به البلوى بين الناس من منشا الخصومات وعقود المعاملات سماه تحفة الحكام في نكة العقود والاحكام ، وقوله نكة جمع نكتة كنقطة ونقط والمراد بها هنا المسائل الغامضة التي لا تدرك إلّا بالفكر

والتامل وامعان النظر في التطبيق والتنزيل وذاك اسم اشارة الى النظم والتسمية الواقعة بعدة المفهومين من نظمته وسميته ، وان بفتح الهمزة بعد لما صلة وتوكيد ويقال زائدة كما في قول الشاعر

فلما ان جرى سمن عليها * كما طينت بالفدن السياعا
امرت بها الرجال لياخذوها * وكنت اظن ان لا تستطاعا

وقوله شباب بالجر والتنوين وجملة مر صفته ، وقوله

(واني اسأل من رب قضا * به علي الرفق منه في القضا)
(والحمل والتوفيق ان اكون * من امة بالحق يعدلون)
(حتى أرى من مفرد الثلاثه * وجنة الفردوس لي وراثه)

الابيات الثلاثة سأل الناظم من الله سبحانه وتعلى الذي قضى وقدر عليه بخطة القضاء الرفق منه في القضاء والحكم يوم القضاء وان يرزقه اطاقة الحمل لاعباء ومشقة ما كلفه به من امر العباد بقوة اليقين وغزارة العلم وتطبيق كليات المسائل الفقهية على الجزئيات الحادثة بين يديه وهو اعظم شيء على القاضي وكمال التوفيق لان يكون من الجماعة الذين يهدون بالحق وبه يعدلون الى ان يرى من القسم المفرد من الثلاثة المقابل للقسمين الاخرين في قوله صلى الله عليه وسلم القضاة ثلاثة اثنان في النار وواحد في الجنة رجل عرف الحق فقضى به فهو في الجنة ورجل عرف الحق ولم يقض به وجار فهو في النار ورجل لم يعرف الحق فقضى للناس على جهل فهو في النار (لطيفة) روي ان لقمان الحكيم كان عبدا لرجل من بني اسرائيل وكان يتبع مجالس بني اسرائيل يتعلم منهم العبادة فلما رأى ذلك مولاه اعتقه وقاسمه ماله وزوجه ابنته فاتت اليه ملائكة فقالوا يالقمان ان الله تعالى يريد ان يستخلفك في الارض فقال سمعا وطاعة على انه ان جعل لي ذلك اعانني وعصمني واعاذني وان هو تلى خيرني اخترت العافية قال فاستحسن الرحمان منطقه فغشاه الحكمة من

قرنه الى قدمه فاصبح اعلم اهل الارض وعرضت على داود فقبلها ولم يشترط شيئا فكان لقمان اذا دخل عليه قال له داود افلت يا لقمان ووقع داود انتهى ، وقوله قضى به علي جملة في محل جر صفة لرب بالتنوين وجملة وجنة الفردوس لي وراثة في موضع نصب على الحال من نائب فاعل أرى ومعنى كونها وراثة له ان يكون من اهلها

باب القضاء وما يتعلق به

اي من اركانه وشروطه ومستحباته وغير ذلك مما ياتي ذكره ان شاء الله تعلى والاصل في مشروعية القضاء الكتاب قال الله تعلى يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق وقال تعلى انا انزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس ، وقال تعلى وان احكم بينهم بما انزل الله ، والسنة ، روى عن علي رضي الله تعلى عنه انه قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم قاضيا الى اليمن ، وفي الموطا انه عليه الصلاة والسلام قال انما انا بشر مثلكم وانكم تختصمون الي ولعل بعضكم ان يكون الحن بحجته من بعض فاقضي له على نحو ما اسمع والحن بالنون معناه افهم وفي تفسير القرطبي قال مالك رحمه الله تعلى كان الخلفاء يقضون بانفسهم واول من استقضى معاوية رضي الله عنه يعني بالمدينة وفي موضع الخلافة واما سائر المدائن والكور فقدموا لها قضاة قالوا وكذلك فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه استقضى عليا ومعاذا وغيرهما ، قيل اول قاض استقضي في الاسلام عبد الله بن نوفل بن الحارث استقضاه معاوية وقيل غير ذلك كما في اختصار المتيطية ، والقضاء من اشرف انواع الولايات الشرعية واعظمها قدرا واجرا والى هذا يشير الشيخ الزقاق بقوله

لها خطط ستة قضاء مظالم * وسوق ورد شرطة مصر انجلا
واعظمها قدرا واكمل منظرا * قضاء نعم ان امر قاض علا علا

فان الحكم بالعدل من افضل اعمال البر واعلا درجات الاجر ، قال الله تعلى

فاحكم بينهم بالقسط ان الله يحب المقسطين اي العادلين ، وقال صلى الله عليه وسلم المقسطون على منابر من نور يوم القيامة الحديث لاكن خطره عظيم لان الجور في الاحكام واتباع الهوى فيها من اعظم الذنوب واكبر الكبائر ، قال الله عز وجل واما القاسطون فكانوا لجهنم حطبا اي الجائرون ، وقال صلى الله عليه وسلم ان اعتى الناس على الله وابغض الناس الى الله وابعد الناس من الله رجل ولاه الله من امر امة محمد شيئا ثم لم يعدل فيهم الحديث ، وفرض الله سبحانه وتعلى على الناس التسليم والانقياد لهم فقال تعلى فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في انفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما ، وقال تعلى واطيعوا الله واطيعوا الرسول واولي الامر منكم ، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اطاعني فقد اطاع الله ومن اطاع اميري فقد اطاعني ومن عصا اميري فقد عصاني الحديث فمن عصا اماما او قاضيا او حاكما فيما امر به من الحق فقد عصا الله ورسوله إلّا ان يقضي بغير حق فان طاعته لا تجوز لقوله عليه الصلاة والسلام لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق الحديث إلّا ان يخشى من المخالفة الهرج او الفساد فتجب طاعته حينئذ ، وحكمته رفع التشاجر ورد النوابت وقمع الظالم ونصر المظلوم وقطع الخصومات والامر بالمعروف والنهي عن المنكر والواجب تعظيم هذا المنصب الشريف ومعرفة مكانته من الدين فيه بعثت الرسل عليهم الصلاة والسلام ، قال الله تعلى يا داود انا جعلناك خليفة في الارض الاية وبالقيام به قامت السموات والارض ، قال الله تعلى ولولا دفاع الله الناس بعضهم ببعض لفسدت الارض وفي الديباج سمع ابو الفضل قرعوس بن العباس مالكا والثوري يقولان سلطان جائر سبعين سنة خير من امة سائبة ساعة من نهار ، وحكم الشرع فيه انه فرض كفاية ولا يتعين على احد إلّا ان لا يوجد منه عوض فانه يتعين عليه ويجبر على القبول ان امتنع منه ، وقد يكون حراما بان يكون جاهلا او قاصدا به تحصيل الدنيا من الاخصام او جائرا ، ويكون مستحبا كتوليته لاشهار علمه ، ويكون مباحا كقصد الارتزاق

به من بيت المال لفقره وكثرة عياله او دفع ضـرر به عن نفسه من غير ارتـكاب ما يوجب التحريم او الكراهة ، ويكون مكروها كتوليته لقصد تحصيل جـاه من غير انفة على غيـره وإلّا حرم ، والقضآء بالمد اصله في اللغة الحكم قال ابـو منصور الازهري القضاء في اللغة على وجوه مرجعها الى انقضاء الشيء وتمامه والقضاء الفصل في الحكم انتهى ، وقال غيره يرد بمعنى الامر ومنه قـوله تعلى وقضى ربك ان لا تعبدوا إلّا اياه اي امر ويصح ان يكون بمعنى حكم اي حكم عليكم بذلك تعبدا اي اوجب عليكم ذلك والزمكم اياه وهو سبحانه قد يوجب الشيء ويريد خلافه كما اوجب الايمان والزمه للعباد واراد من بعضهم خلافه ولا يصح ان يكون قضآء امضآء وارادة لانه لو كان كذلك لما عبد احد غيره كما انه قضى بالموت فليس احـد ينجوا منه لانه قضاء امضاء ، ويرد بمعنى الاعلام ومنه قضيت لك بكـذا اي اعلمتك به ، والوحي ومنه قوله تعلى وقضينا الى بني اسرائيل ، والاتمام ومنه قوله تعلى فاذا قضيتم الصلاة والفعل ومنه قوله تعلى فاقض ما انت قاض وقول الشاعر ،

وعليهما مسرودتان قضاهما * داود او صنـع السوابغ تبـع

والارادة ومنه فاذا قضى امرا كان مفعولا ، والموت ومنه ليقض علينـا ربك ، والكتابة ومنه وكان امرا مقضيا ، والفصل ومنه وقضي بينهم بالحق ، والخلق ومنـه فقضاهن سبع سماوات ، والفراغ من الشيء ومنه قالوا انصتوا فلما قضي اي فرغ ، قال ابن عرفة اللغوي المعروف بنفطويه قضاء الشيء احكامه وامضاؤه والفراغ منـه وبه سمي القاضي لانه اذا حكم فقد فرغ مما بين الخصمين ، وفي الاصلاح عرفه الامام ابن عرفة بقوله صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشـرعي ولو بتعديل او تجريح لا في عموم مصـالح المسلمين ، فقوله رحمه الله تعلى صفة جنس يشمل جميـع الصفات سواء كانت حسية كالبياض والسواد او معنويـة كالعلـم والحياة او حكمية كالطهارة والقضاء ، والصفة الحكمية حال تعتبر ذهنا وتقدر موجودة في المحل وان كانت لا وجود لها في الخارج كالاولين ، وانما تثبت صفة القضآء بتقديم

من اريد وصفه بتلك الصفة للحكم بين الناس فبقوله حكمية يخرج الاولان ، وبقوله حكمه الشرعي اي نفوذ كل حكم شرعي فالعموم مستفاد من الاضافة يخرج التحكيم لان المحكم ليس بهاته الحالة وانما له صفة توجب نفوذ حكمه الشرعي الخاص في قضية شخصية التي حكمه الخصمان فيها وبمجرد الفراغ منها زالت عنه تلك الصفة كما تخرج به ولاية المظالم والسوق والرد والشرطة والمصر المتقدمة في كلام الزقاق وذلك لانها خاصة ببعض الاحكام كما هي مبينة في شروحها ، وقوله ولو بتعديل او تجريح هو مبالغة في مقدر معطوف عليه اي نفوذ حكمه في كل شيء حكم به ولو كان الذي حكم به تعديلا او تجريحا فيكون التعديل والتجريح من متعلقات الحكم ، وقوله لا في عموم مصالح المسلمين يخرج به الامامة العظمى اذ ليس للقاضي ترتيب الجيوش ولا قسمة الغنائم ولا تفرقة مال بيت المال ولا قتل البغاة ولا الاقطاعات بخلاف الامام فان نظره اعم ، وقوله

(منفذ بالشرع للاحكام * له نيابة عن الامام)

يعني ان المنفذ للاحكام الشرعية على الخصوم هو القاضي لنيابته عن صاحب الامامة العظمى وهي عبارة عن نيابة شخص عن النبيء صلى الله عليه وسلم في اقامة قوانين الشرع وقواعده وحفظ الملة والدين على وجه يجب اتباعه على كافة الامة ، وحيث كان نائبا عنه فله عزله لسبب ولغير سبب غير انه اذا كان مشهورا بالعدالة لا ينبغي للامام عزله إلّا لمصلحة كما اذا وجد من هو اكمل منه واذا عزله فانه يبريه من ذلك لان العزل مظنة تطرق الكلام في المعزول وان عزله لسخط فانه يظهر عيبه للناس لئلا يتولى عليهم بعد ، ولما كان القاضي نائبا عن الامام وخليفته في الاحكام الشرعية بين الانام وان النيابة عنه في ذلك لا تصح إلّا لمن توفرت فيه شروطها شرع الناظم رحمه الله تعلى في بيانها مع بعض الصفات المستحبة فقال

(واستحسنت في حقه الجزاله * وشرطه التكليف والعداله)

(وان يكون ذكرا حرا سلم * من فقد رؤية وسمع وكلم)
(ويستحب فيه العلم والورع * مع كونه الحديث للفقه جمع)

هـذه الابيات الثلاثة مشتملة على بعض شروط القاضي ويعبر عنها بالصفات لانها قائمة به وهي قسمان شروط صحة يلزم من عدمها او عدم واحد منها عدم صحة ولايته او عدم دوامها وشروط كمال ويعبر عنها بالمستحبات تصح ولايته بدونها لاكن الاولى وجودها فيه فذكر من شروط الصحة التكليف والذكورة والحرية والعدالة وتتضمن الاسلام وكونه سميعا بصيرا متكلما ، ومن شروط الكمال الجزالة وهي أصالة الرأي والاقتدار على التطبيق والعلم على احد قولين وهي طريقة ابن رشد والمشهور انه شرط صحة في استمرار ولايته والورع وجمعه بين الفقه والحديث او الاصول كما يوجد في بعض النسخ . وفي لب اللباب وشروط صحة تولية القاضي ان يكون حرا عاقلا بالغا عدلا عالما مجتهدا وشروط الكمال ان يكون غنيا ورعا ليس بمديان ولا محتاجا بلديا معروف النسب ليس بولد زنى ولا ولد لعان جزلا فطنا نافذا غير مخدوع ولا محدود ذا نزاهة عايا عن الخصوم مستخفا بالايمة اي غير هيوب لهم يدير الحق على من دار عليه مستشيرا لاهل العلم ذا رحمة ونصيحة كثير التحرز من الحيل عالما بما لابد منه من العربية واختلاف معاني العبارات عالما بالشروط بعيدا عن السهو غير زائد في الدهاء ، واما كونه سميعا بصيرا متكلما فغير شرط وولاية من ليس كذلك منعقدة لاكن يجب عزله قال مالك ولا اعلم ان صفات القضاء تجتمع اليوم في احد فان اجتمع منها خصلتان العلم والورع كان واليا ابن حبيب فان لم يكن علم فالعقل والورع فبالورع يقف وبالعقل يسأل ثم ذكر محل جلوسه فقال

(وحيث لاق للقضاء يقعد * وفي البلاد يستحب المسجد)

يعني ان القاضي يجلس للقضاء والفصل بين الخصوم في المكان الذي يليق به وبالخصوم كان في بادية او حاضرة لاكن ان كان في حاضرة استحب جلوسه في المسجد

قـــــال ابو بكر بن العربي قال علماؤنا قول الله تعلى اذ تسوروا المحراب دليل على ان القضآء كان في المسجد ولو كان ذلك لا يجوز كما قال الشافعي لما قررهم داود على ذلك ولقال انصرفا الى موضع القضآء ، وقد قال مالك ان القضاء في المسجد من الامـر القديم يعني في اكثر الامر ولا باس ان يجلس في رحبته ليصل اليه الضعيف والمشرك والحآئض وقد قـال اشهب يقضي في منزله وابن حبيب والذي عندي انه يقسم اوقاته واحواله ليبلغ كل احد اليه ويستريح هو مما يرد من ذلك عليه انتهى والذي عليه العمل اليوم ان القضاة يحكمون في اماكن مخصوصة واوقـات مخصوصة وقوله وحيث ضرب مكان ليقعد ثم قال

فصل في معرفة اركان القضآء

اي الامور اللازمة له وهي سبعة (الاول) القاضي وقد تقدم الكـلام على شروطه (الثاني) المقضي له وهو من تجوز شهادته له فلا يحكم لمن لا يشهد له من قرابتـه كابيه وابنه وزوجته على القول المختار (الثالث) المقضى عليه وهو من تجوز شهادته عليه اذا توجه عليه حـق اما باقرارة ان كان ممن يلزمه اقرارة واما بالشهادة بعـد الاعذار اليه والعجز عن الطعن فيها وبعد يمين الاستبراء ان كان الحق على ميت او غآئب ويعبر عنها بيمين القضآء وسياتي الكلام عليها في محلها انشاء الله تعلى ، وله ان يحكم بين اهل الذمة اذا ترافعوا اليه (الرابع) المقضي فيه وهو جميع الحقوق اما غيرة من الحكام فمقصور على ما قدم عليه كمـا مرت الاشارة اليه فى كلام الزقـاق (الخامس) المقضي به وهو الكتاب والسنة واقضية الصحابة رضي الله عنهم ثم باجماع غيرهم ثم باجتهادة هذا في القديم اما بعد انقطاع الاجتهاد المطلق والمقيد فالواجب عليه الوقـوف عند مشهور مذهبه او ما جرى به العمل عند قضـاة العدل ودون في كتب العلمـآء المحققين كابن ناجي من القرويين وقـد انقطع الاجتهاد في ذلك منذ

ازمان فمن حكم بقول شاذ او ضعيف لم يصحبه عمل المتقدمين نقض حكمه لانه معزول عنه من الذي ولاه حيث اشترط عليه في امر ولايته ان لا يحكم إلّا بمشهور مذهب امامه او ما جرى به العمل قال في العمل الفاسي

حكم قضاة الوقت بالشذوذ * ينقض لا يتم بالنفوذ

وهو موافق لعمل تونس فاذا تعارض المشهور وما جرى به العمل فيقدم ما جرى به عمل بلده على المشهور لان جريان العمل بالضعيف لمقصد من المقاصد يصيره راجحا ومن المعلوم ان الراجح يقدم على المشهور قال في العمل المذكور

وما به العمل دون المشهور * مقدم في الاخذ غير مهجور

اما ما جرى به عمل غير بلده فانه يقدم المشهور عليه فان استوت الاقوال في الشهرة قدم ما جرى به العمل مطلقا فان لم يكن عمل او جرى بكل واحد منها واشكل عليه الامر امر بالصلح كما ياتي . (تنبيه) قال بعض العلماء عمل تونس ومصر واحد وعمل فاس والاندلس واحد ويعبر عن القول القوي بالمشهور والاشهر والصحيح والاصح والاقوى والمذهب والظاهر والاظهر والحسن والاحسن والراجح والارجح والمعتمد وبه القضاء وبه الفتوى وبه العمل (السادس) ما يدل على القضاء وان باشارة او كتابة او سكوت ليكون رافعا للخلاف فلا يتعقب ولا يحل حراما وبعبارة اخرى ان الحكم يكون بغير لفظ حكمت كقوله نقلت هذه الدار لزيد او هي مالك له او ثبت عندي انها ملك له بعد حصول الموجبات وكقوله فسخت عقد كذا من نكاح او غيره او رفع له نكاح بغير ولي فسكت عنه ولم يحكم باثبات ولا نفي اذا كان مذهبه يرى صحته وإلّا فلا يكون حكما كما في الزرقاني ويكون بلفظ حكمت بكذا ورفع الخلاف لا احل حراما ومعنى رفعه للخلاف هو انه اذا حكم حاكم بصحة عقد نكاح مثلا فالذي يرى لزوم فسخه له ينفذ هذا النكاح ولا يحل له نقضه لانه بحكم الحاكم صار في تلك الجزئية مذهبا للجميع . قال القرافي اعلم انه كما يدل القول على الحكم في قول الحاكم اشهدكم

اني حكمت بكذا فكذلك الفعل يدل على الحكم ايضا وذلك اذا كتب الحاكم الى حاكم آخر اني قد حكمت بكذا فهذه الكتابة تدل على الحكم كما هو مشروح في كتاب القاضي الى القاضي وكذلك لو سئل هل حكمت بكذا فأشار برأسه وغير ذلك مما يدل ويفهم انه حكم به وكذلك لو كتب الحاكم بيده وقال اشهدوا علي بمضمونه فجميع ذلك يدل على صدور الحكم السابع كيفية القضاء وتتوقف على اشياء كمعرفة الدعوى وهي خبر يوجب حكم صدقه لقائله حقا على غيره قال في الذخيرة الاقرار والدعوى والشهادة كلها اخبارات والفرق بينها ان الاخبار ان كان يقتصر حكمه على قائله فهو الاقرار وان لم يقتصر فاما ان لا يكون للمخبر فيه نفع وهو الشهادة او يكون وهي الدعوى اه ومعرفة شروط تصحيحها واركانها وهي المدعي والمدعى عليه والمدعى فيه ومعرفة جواب المدعى عليه من اقرار او انكار والبينات والتعديل والتجريح وضرب الاجال والتلومات والاعذار والتعجيز واليمين والنكول وما هو حكم فلا يتعقب ما لم يظهر ما ينافيه وما ليس بحكم كالفتوى فيتعقب ، وقد ذكرها ابن فرحون في تبصرته مستوفاة ، وتعرض الناظم لها وبدأ بالمدعي والمدعى عليه لانهما الاصل بالنسبة الى غيرهما فقال

(تمييز حال المدعي والمدعى * عليه جملة القضاء جمعا)

(فالمدعي من قوله مجرد * من اصل او عرف بصدق يشهد)

(والمدعى عليه من قد عضدا * مقاله عرف او اصل شهدا)

يعني ان معرفة المدعي من المدعى عليه وتمييز احدهما عن الاخر جامع ومحصل لوجه القضاء لان علم القضاء وصناعته تدور على معرفتهما قال سعيد بن المسيب رضي الله تعلى عنه من عرف المدعي من المدعى عليه فقد عرف وجه القضاء ويعني بوجه القضاء هو ان البينة على المدعي واليمين على ما انكر ، وقوله تمييز مبتدأ وجملة القضاء مضاف ومضاف اليه بالنصب مفعول مقدم لجمعا والفه للاطلاق وفى جمعا

ضمير مستتر تقديره هو يعود على المبتدا والجملة من الفعل والفاعل والمفعول خبره والرابط بينهما الضمير المستتر ، واذا اردت ايها القاضي المنتصب لخطة القضاء معرفة ما يتميز به كل واحد من المدعي والمدعى عليه (فالمدعي من قوله مجرد ، من اصل او عرف) البيتين يعني ان المدعي هو الذي عري قوله عن اصل او عرف يشهد له بصدقه بحيث تكون دعواه مجردة من الاصل والعرف معا لا يوافقها واحد منهما وان المدعى عليه هو الذي عضد مقاله ونصره عرف او اصل فاحدهما كاف فمثال شهادة الاصل من ادعى دينا على رجل فانكره وادعى براءة ذمته فالذي ادعى براءة ذمته مدعى عليه لان الاصل براءة الذمة ومن شهد له الاصل فهو مدعى عليه والذي ادعى عمارة ذمة غيره مدع لانه لم يشهد له اصل ولا عرف ، ومثال شهادة العرف اختلاف الزوجين في متاع البيت فمن شهد له العرف بانه يليق به فهو مدعى عليه ومن لم يشهد له العرف بذلك فهو مدع ، واذا شهد لاحدهما الاصل وللاخر العرف والغالب فان من شهد له الاصل مدع فهذا يطالب بالبينة ومن شهد له العرف والغالب مدعى عليه يطالب باليمين وهو كثير في العقود مثاله اذا اختلف متعاقدان في عقد فقال احدهما العقد صحيح وقال الاخر العقد فاسد ومن المعلوم ان عقود المسلمين الاصل فيها الصحة ما لم يغلب الفساد فاذا غلب عليها الفساد فانها تحمل عليه فيصير القائل بالصحة مدع والقائل بالفساد مدعى عليه فيقدم الغالب على الاصل إلّا في مسئلة البينة على المدعي واليمين على من انكر فان المدعي ولو كان اصلح الناس والمدعى عليه افجر الناس فانه يطالب بالبينة مع ان الغالب صدقه فقدم الاصل الذي هو براءة الذمة على الغالب الذي هو صدق الرجل الصالح ، ولو شهد العرف لكل واحد منهما فهما مدعيان كما سياتي عند قوله وان متاع البيت فيه اختلفا ، الابيات كما اذا لم يشهد لكل واحد منهما شيء لا اصل ولا عرف وهو معنى قوله الاتي ، والشيء يدعيه شخصان معا ، الابيات فهما مدعيان كما قال ، وقوله عضدا بتخفيف الضاد كنصر وزنا ومعنى والفه للاطلاق ، وقوله عرف او اصل لا حاجة الى تقدير كون او بمعنى

الواو لان او اذا وردت عقب نفي تسلط النفي على متعاطفيها جميعا في الغالب وهي هنا وقعت اثر مجرد الذي هو في معنى النفي والسلب اي لم يقرن مقاله بواحد منهما والواو على عكسها فاذا وقعت بعد نفي فانما ينصب على ما تفهمه من معنى الجمع على ما هو الغالب ايضا وقد نظم الامرين بعضهم فقال

والواو بعد النفي في العطف اتت * لمطلق الشمول إلّا ان اتت
قرينة فلشمول العدم * وأو اتت بعكس ذاك فاعلم

قوله

(وقيل من يقول قد كان ادعى * ولم يكن لمن عليه يدعى)

ما نظمه في هذا البيت تعريف ابن المسيب رضي الله تعلى عنه حيث قال كل من قال قد كان فهو مدع وكل من قال لم يكن فهو مدعى عليه قال الشيخ ميارة ونقض هذا التعريف بدعوى المرأة على زوجها الحاضر انه لم ينفق عليها وقال هو انفقت فهي مدعية وهو مدعى عليه لشهادة العرف وهو ان الحاضر ينفق على زوجته والتعريف يقتضي العكس لانها نافية وهو مثبت ولهذا ضعفه الناظم بقيل التي تقتضي التعريض قال الشيخ ابن رحال قد يقال هذا التعريف هو الحق وما رد به على صاحبه يجاب عنه بان المثبت في هذه الصورة هو المدعي ولاكن رجح قوله بشهادة العرف بمنزلة المدعي الذي لا خلاف فيه انه مدع اذا قام له شاهد حقيقي وقد اختلف في العرف هل هو بمنزلة شاهد واحد او شاهدين ومر خليل على انه بمنزلة شاهد واحد ولذلك يحلف من وافقه فشد يدك عليه • قلت وعلى هذا لو قال الناظم رحمه الله تعلى

فكل من يقول قد كان ادعى * ولم يكن لمن عليه يدعى

مقتصرا عليه لكان اخصر واظهر (تنبيه) قد يطلق المدعي على الجالب (خ) وامر مدع تجرد قوله عن مصدق بالكلام وإلّا فالجالب والذي في كلام الناظم هو المصطلح عليه (ثم شرع) في بيان المدعى فيه فقال

(والمدعى فيه له شرطان * تحقق الدعوى مع البيان)

يعني ان الشيء المدعي فيه له شرطان لتصحيح الدعوى (احدهما) تحقيق المدعي دعواه والجزم بها فلا تسمع اذا قال اظن ان لي قبل فلان كذا من وجه كذا مثلا إلّا اذا اتهمه وكان المدعى عليه من اهل التهم فانها تسمع (وثانيهما) بيان عينه ليكون معلوما معينا كهذا الثوب او في ذمة معين كدعواه على زيد بدين او بما يؤول لمعين كدعوى المرأة الطلاق لتحرز نفسها او بما يؤول لما في ذمة معين كدعوى المرأة بعد الطلاق انه كان اصابها قبله لتاخذ الصداق كاملا ثم ان كانت الدعوى في ربع او عقار فلا بد من بيان جهته وحدوده فان كان منابا شائعا يبين قدره وان كانت في منقول غير مثلي ذكرت جنسه ونوعه وصفته وقيمته فان كان حليا فقيمة الذهب الفضة وقيمة الفضة الذهب. وان كان مثليا ذكرت نوعه وصفته وكيله ان كان مما يكال ووزنه ان كان مما يوزن او عدده ان كان مما يعد كالدراهم وان كان دينا في الذمة فلا بد من بيان السبب الذي ترتب من اجله الحق بان يقول من بيع مثلا فان لم يبينه ساله الحاكم عنه وجوبا فان غفل فالمدعى عليه السؤال عنه اذ قد لا يترتب عليه غرم كالقمار وقد يترتب عليه غرم قايل كالربا فان بينه المدعي عمل به وان قال لا ابينه او لا علم لي به لم تسمع دعواه فلا يطالب المدعى عليه بجواب ولو قال نسيته ثم قال تذكرته وانه من وجه كذا قبل نسيانه بلا يمين ، ويزاد على الشرطين المذكورين شروط ثلاثة (اولها) ان لا يكون المدعى عليه صبيا او سفيها قال ابن هارون في اختصار المتيطية فان كان المطلوب صبيا او سفيها سال القاضي عن دعواه فان كانت لو ثبتت لم يجب عليهما فيها شيء كالمعاوضة الاختيارية في بيع او شراء او سلف او نحو ذلك فدعواه ساقطة وينهى عن التعرض لهما وان كانت لو ثبتت لزمت الصبي او السفيه كلف المدعي البينة وذلك في مثل التعدي والاستهلاك والغصب والاختلاس والانتهاب والجراح والقتل في العمد والخطإ وشبه ذلك فاذا اثبت القاضي على الصبي

او السفيه حقا من جهة الاستهلاك او التعدي اعذر اليه رجاء ان يدفع عن نفسه بشيء يدلي به وعجزه ليس بعجز ولا بد من يمين الطالب مع البينة لان الصبي في حكم الغائب والموت والمساكين انتهى (وثانيهما) ان لا يكذبها العرف والعادة كمن حيز عليه عقاره غير الحبس مدة الحيازة بشروطها ثم قام يطلب ذلك من حائزه غير ان المدعى عليه في هذه الصورة يطالب بالجواب لعله يقر فاذا انكر وقال ملكي وحوزي فان المدعي لا يطالب بالبينة ويترك سبيل المدعى عليه وهل بيمين او بلا يمين وهو ظاهر الحديث والمدونة ورجحه ابن يونس والمازري وغيرهما وهو المشهور وبه العمل قولان ومنشا الخلاف هل الحوز المسقط لدعوى القائم منزل منزلة شاهدين او شاهد واحد فعلى انه منزل منزلة شاهدين لقوته فلا يمين وعلى انه منزل منزلة شاهد واحد فاليمين ومن جهة اخرى وهي ان اليمين فرع طلب المدعي بالبينة عند نكول المدعى عليه وحيث كان المدعي لا يطالب ببينة ملكه لما ادعاه فان المدعى عليه يترك سبيله بدون يمين اذا انكر دعوى المدعي وسياتي تفصيل الحيازة في بابها ان شاء الله تعلى (وثالثها) ان يكون المدعى فيه ذا غرض صحيح بان كان غير تافه فلا تسمع الدعوى فيما كان كالقمحة والحاصل ان الدعوى لا تصح إلّا اذا كانت معتبرة شرعا بان تكون دعوى تحقيق او ظن على من يتهم . وان يكون المدعى فيه معلوما . وفي سماع الدعوى بمجهول بان قال المدعي ان لي قبل فلان شيئا او منابا من عقار او بقية حساب مثلا فيكلف المدعى عليه بالجواب عنها وعدم سماعها فلا يكلف بالجواب خلاف . وحاصل فقه المسئلة كما في التبصرة الفرحونية وغيرها ان للمدعى بشيء مثلا ثلاثة احوال (الاولى) ان يعلم قدر الذي يدعي به ويقول لي قبل فلان شيء ويمتنع من بيان قدره وفي هذه لا تقبل دعواه اتفاقا (والثانية) ان يدعي جهل المدعى به وتدل على ذلك قرينة كشهادة بينة بان له حقا لا يعلمون قدره وفي هذه تقبل دعواه اتفاقا (والثالثة) ان يدعي جهل قدره من غير شهادة قرينة في ذلك فهي محل الخلاف والذي اختاره المازرى سماع الدعوى

وصوبه البساطي عند قول (خ) قال وكذا شيء قال الرهوني بما قاله المازري وصوبه البساطي جرى العمل (وكيفية) العمل في ذلك ان المدعى فيه اذا كان عقارا وقف جميعه على المدعى عليه حتى يبين فان بين شيئا حلف على ما بينه واخذ الباقي فان نكل وقف عليه الباقي واخذ المدعى ما بينه له وهكذا الى ان يحلف ، وان كان في الذمة من بقية محاسبة مثلا سجن المدعى عليه فان اقر بشي حلف انه الباقي وان نكل لزمه ما اقر به ويبقى في السجن وهكذا الى ان يحلف كذلك ، وان يكون مما لو اقر به الخصم للزمه ، وان لا يكذبها العرف والعادة ، وان يتعلق بها غرض صحيح (والى هاته الشروط) اشار الزقاق بقوله

فان صحت الدعوى بكون الذي ادعي * معينا او حقا عليه او انجلا
يؤول لذا او ذا وكان محققا * ومعتبرا شرعا وعلما به صلا
وذا غرض ان صح مع نفي عادة * مكذبة فامر مجيبا وابطلا

اذا اختل شرط الخ ، ثم عطف الناظم وجه القضاء على ما تقدم فقال

(والمدعي مطالب بالبينه * وحالة العموم فيه بينه)
(والمدعى عليه باليمين * في عجز مدع عن التبيين)

يعني ان المدعي مطاوب بالبينة ان انكر المدعى عليه دعواه في جوابه عن الدعوى اما قبل الجواب عنها بالانكار فلا يطالب بها كما يقع من بعض قضاة القرى اما لجهلهم او لجورهم لانه قد يجيب بالاقرار فتسقط الدعوى ويرتفع النزاع وان المدعى عليه مطلوب باليمين اذا عجز المدعي عن البينة او نفاها من اول الامر واستحلفه والاصل في كلام الناظم قوله عليه الصلاة والسلام لو يعطى الناس بدعاويهم لادعى رجال اموال قوم ودماءهم ولاكن البينة على المدعي واليمين على من انكر الحديث ، وقال القرافي وغيره اجمعت الامة على الصالح النقي مثل ابي بكر وعمر رضي الله تعلى عنهما لو ادعى على افسق الناس درهما واحدا لا يصدق فيه وعليه البينة فهذا مما قدم

فيه الاصل على الغالب لان الغالب ان الصالح التقي لا يدعي إلا حقا وقد تقدم هـذا قريبا واليه اشار الناظم بقوله وحالة العموم فيه بينه اي سواء كان المدعي صالحا او طالحا وضمير فيه عائد على المدعي تنبيهـــات (الاول) المراد بالبينة هو كل ما يميز الحق ويظهره وسواء كانت تامة كعدلين او ناقصة كعدل واحد حسيا كان او معنويا كالعرف او امراتين في بابهن والصبيان فيما يقع بينهم من قتل او جرح كما في ابن فرحون وغيره من شروح هذا الكتاب ، وقد انهى القرافي البينات الى سبعة عشر نوعا نظمتها فقلـــت

الحجج التي بها الحكم يجب * سبع وعشر وهي اقرار لـزب
وفي الزنا من الذكور اربع * واثنان في مثل النكاح انفع
في المال او ما ءال للمال همـا * او رجل وامراتان فاعلمـا
وشاهدا مع اليمين اعتبروا * وامراتين معها قد سطروا
وشـاهد مـع النكول قررا * ومراتـان معه قـد ذكرا
وحلف الطـــالب بالنكول * من خصمه المطلوب يا خليلي
الايمان في مســـألة اللعان * واللوث معها لهلاك الجـــاني
وامراتان في الـذي تطلـع * عليه شـرعا النســـاء مقنع
شهـادة الصبـيان بعضهم على * بعض في قتل او جراح فاقبـلا
وقسم في حق يدعيـــــه * مدعيان كل يبتغيـــــه
والحـوز قافة في الاستلحـاق * والقسط في الحـائط لاستحقاق
نظمتها من رابع الفـروق * تسهيـلا للحفـاظ يـا رفيقـي

والمراد برابع الفروق الجزء الرابع منه في الفرق الثامن والثلاثين والمائتين في قاعدة ما هو حجة عند الحكام وقاعدة ما ليس بحجة عندهم ، وسياتي شرحها في انواع الشهادات ان شاء الله تعالى الثـــاني انما يحلف المدعى عليه المنكر فيما يثبت بالشاهد واليمين من المال او ما يؤول اليـه اما الحقوق التي لا تثبت إلّا بالشاهدين فـلا يمين

بمجردها ولا ترد كقتل العمد والنكاح والطلاق والعتق والنسب والولاء والرجعة كما سياتي في محله الثـــالث ظاهر النظم ان اليمين تتوجه على المدعى عليه المنكر في عجز المدعي عن البينة ولو لم تكن خلطة بينهما وهو كذلك على القول المعمول به قـــال القلشاني عند قول الشيخ ولا يمين حتى تثبت الخلطة او الظنة المشهور عدم توجه اليمين على المدعى عليه إلّا بعد ثبوت الخلطة والمعاملة بين المدعي والمدعى عليه او ثبوت الظنة وهي التهمة قال الابهري لان الايمان يثقل امرها على اكثر الناس وخاصة اهل الدين منهم وكذلك التقدمة الى الحكام فلو تمكن الناس من ذلك لادعى انسان على من يريد ممن بينه وبينه شيء فيجده ويستحلفه ويمتهنه وفي ذلك ضرر على الناس فوجب ان يستعلم الحاكم هل بينهما خلطة او يليق بالمدعى عليه ما ادعاه المدعي ام لا قال ابن رشد مشهور مذهب مالك وكافة اصحابه الحكم بالخلطة ابن زرقون عن ابن نافع لا تعتبر الخلطة ابن عرفة ومضى عمل القضاة عندنا عليه ونقل لي ابن عبد السلام عن بعض القضاة انه كان لا يحكم بها إلّا ان يطلبها منه المدعى عليه قلت سمعت شيخنا الغبريني قاضي الجماعة بتونس يستحسن التفريق بين الدعوى على الرجل او على المراة فتتوجه اليمين على الرجل مطلقا ولا تتوجه على المراة إلّا بعد ثبوت الخلطة وهذا الذي قاله حسن إلّا انه ينبغي التفصيل في الرجال بين ذوي الهيئات والمناصب وبين العامة والسوقة قال عبد الحق قال اصبغ خمسة تجب عليهم اليمين دون خلطة الصانع والمتهم بالسرقة ومن قال عند موته لي عند فلان دين ومن يعرض في الطريق من الرفقة فيدعي انه دفع ماله لرجل ولو كان المدعى عليه عدلا غير متهم ومن ادعى عليه رجل غريب نزل بمدينة انه استودعه مالا ونقلها ابن رشد كانها المذهب وكنت نظمتها فقلت

ووجه يمينا دون اثبات خلطة * على صانع او من يظن بسرقة
كذا من رماه وارد بوديعة * او المرء يرميه مريض برفقة
بايداع مال قل كذا من رماه ذو * سياق بدين وهو اخر خمسة

قال مؤلف هذا الشرح فتح الله بصيرته وحسن سريرته زاد عليها صاحب المختصر ثلاثة وهي الدعوى بشيء معين والضيف او بائع على حاضر المزايدة نظمتها فقلت

والحق بها ضيفا وشيئا بعينه * كذا مدع بيعا على ذي زيادة

ثم قال القلشاني قال اللخمي في الصانع هذا ان ادعى المدعي بما يشبه ان يتجر به او لباسه او لباس اهله وإلّا لم يحلفه ويراعي بالوديعة ثلاثة اوجه ان يكون المدعي يملك ذلك جنسا وقدرا وثبوت ما يوجب الايداع ليس الغالب من المقيم ببلده أن يودع ماله إلّا بسبب خوف او طلب سلطان او سفر بخلاف الطاري وان يكون المدعى عليه يودع ذلك الرابع اذا نكل المدعى عليه لم يقض للطالب حتى يحلف وان جهل ذلك ذكره القاضي واختلف في يمين التهمة والمشهور انها تتوجه ولا تنقلب كما ياتي في باب اليمين وانه يجب على القاضي بيان حكم النكول لانه من باب الاعذار الخامس النكول هو امتناع من وجبت عليه او له يمين يتم بقوله لا احلف فلو رجع وقال احلف لم يقبل فان لم يصرح بالامتناع وسكت سكوتا لا يعد به ناكلا عرفا لم يسقط حقه ويمكن من اليمين السادس ان قال المدعى عليه للمدعي بعد ان طلب يمينه احلف انت وخذ فهم المدعي بالحلف فقال المدعى عليه لا ارضى بيمينك ما ظننت تحلف لا رجوع للمدعى عليه كان ذلك عند السلطان او غيره السابع اذا التزم المدعى عليه اليمين ثم يريد الرجوع الى احلاف المدعي كان له ذلك الثامن نكول المدعي بعد نكول المدعى عليه كحلف المدعى عليه ويقال النكول بالنكول تصديق للناكل الاول التاسع ان قال من وجبت عليه يمين اضرب لي اجلا لانظر في حسابي وامري فانه يمهل اليومين والثلاثة كما سياتي في اول الاجال وقيل ليس له ذلك إلّا برضي الطالب ولم يحك ابن الحاج في نوازله إلّا القول بعدم تاخيره قطعا للنزاع قلت الاحسن التفصيل وهو ان كانت له شبهة وهو غير معروف بالالداد اخر بحسب ما يراه الحاكم باجتهاده بحسب كثرة المال وقلته وإلّا فلا يؤخر العاشر عكس ما قبله وهو ان يطلب من

وجبت له يمين تاخير حلف من وجبت عليه لغير غرض كما ياتي في بـاب اليمين فليس له ذلك إلّا برضى المطلوب فإذا تغيب طالبها فان القاضي يوكل من يتقاضاهـا له بعد ثبوت غيبته ويشهد بذلك ويسجل ثم قال الناظم رحمه الله تعلى

(والحكم في المشهور حيث المدعى * عليه في الاصول والمـال معـا)

(وحيث يلفيه بمـا في الذمـه * يطلبـه وحيث اصـل ثمـه).

يعني ان المدعى عليه اذا لم يخرج من بلده وأراد المدعي جلبه للمحاكمة فليس لـه ذلك ولا تكون المحاكمة إلّا هنالك على القول المشهور سواء كان الشيء المتنازع فيه هناك اولا فان خرج المدعى عليه من بلده فأما ان يلقاه المدعي في محل الاصل المتنازع فيه اولا فان لقيه في محل الاصل المتنازع فيه اجاب المدعي لمخاصمته فيه وهو معنى قوله وحيث اصل ثمه وان وجده في غير محل الاصل وهو مفهـوم وجده فيه كانت المحاكمة هنالك كما مر واما ما في الذمة فانه يخاصمه حيثما لقيه وهو معنى قـوله ، وحيث يلفيه بما في الذمه ، يطلبه ، قـــوله

(وقـدم السابق للخصـام * والمدعي للبدإ بالكـلام)

يعني ان الخصوم اذا تعددت فان القاضي يقدم الاول فالاول منهم إلّا في المسافر ومـا يخشى فواته كما انه اذا جلس الخصمـان بين يديه وعرف المدعي من المدعى عليه بقرائن الاحوال كما اذا وقعت مراجعة بين زوجين فالغـالب ان الزوجة هي التي تشكي بزوجها فيامرها القاضي بالكلام او باتفاق الخصمين على ذلك فان جهل السابق او المدعي فهو قوله

(وحيث خصم حال خصم يدعي * فاصرف ومن يسبق فذاك المدعي)

(وعند جهل سابـق او مـدعي * من لج اذ ذاك لقرعـة دعـي)

يعني ان القاضي اذا جلس بين يديه الخصمان وادعى كل واحد منهما الوصف الذي

ادعاه الاخر بان قال كل واحد منهمـا هو المدعي او هو المدعى عليه فانه يامرهما بالانصراف عنه ثم ان من رجع منهما بعد ذلك وسبق فهو المدعي فان رجعا معـا وجهل المدعي من المدعى عليه ولج كل واحد منهمـا وخـاصم اذ ذاك اي في ذلك الوقت وادعى انه المدعي فانه يقرع بينهما وقيل يبدا الحاكم بمن شاء والضعيف اولى والذي درج عليه صاحب المختصر انه يقرع بينهما من اول الامر كما يقـرع بين الخصوم اذا جهل السابق منهم قـــالت انما يصرفهما او يقرع بينهمـا اذا قال كل واحد منهما هو مدع وخالفه الاخر اما اذا لم يختلفا في ذلك بان اتفقا على ان كل واحد منهما مدع فلا يصرفهما بل يسمع دعوى كل واحد منهمـا بانفراده واحدا بعد واحد اما بتراضيهما على من يتقدم اولا بالكلام او بالقرعة كما ياتي عند قوله ، والشيء يدعيه شخصان معا ، الابيات وفي مواضع اخر لا تحصى كثرة (والاصل) في مشروعية القرعة الكتاب قال الله تعلى فساهم فكان من المدحضين الاية واذ يلقون اقلامهم ايهم يكفل مريم ، وقد اقرع النبيء صلى الله عليه وسلم بين ازواجه وغيرهم فاستعملها علماؤنا رضي الله تعلى عنهم بسبب مشروعيتهـا بين الخلفـاء اذا استوت فيهم الاهليـة للولايـة وبين الايمة والمؤذنين اذا استووا والتقـدم للصف الاول عند الازدحام وتغسيل الاموات عند تزاحم الاولياء وتساويهم في الطبقـات وولاية النكاح عند تساويهم كذلك وبين اهل الحضانة والزوجات في السفـر او في ابتداء القسم بينهن كمن تزوج بامرأتين في وقت واحد وقسمة الاملاك والخصوم عند الحكام وعتق العبيد في باب الوصية اذا لم يحملهم الثلث والسفينة اذا خيف عليهـا من الغرق واريد طرح بعض ما فيها من المهمات ولو ءادميا واذا توجهت يمين القسامة على اكثر من خمسين وطلب كل واحد منهم الحلف دخلت القرعة بينهم قـــال ابن العربي وفائدتها استخراج الحكم الخفي عند التشاح ولهذا قال القرافي انـه متى تعينت المصلحة او الحق في جهة لا يجوز الاقتراع بينه وبين غيره لان القرعة ضياع ذلك الحق المتعين او المصلحة المتعينة ومتى تساوت الحقوق او المصالح فهذا هو موضع

القرعة عند التنازع دفعا للضغائن والاحقاد والرضى بما جرت به الاقـدار وقضي به الملك الجبار قـــــوله

فصل في رفع المدعى عليه وما يتعلق بذلك

اي برفع المدعى عليه من بيان حكم من عصى الامر ولم يحضر مجلس القاضي لمقابلة خصمه وبيان اجرة العون على من تكون قـــــوله

(ومع مخيلة بصدق الطالب * يرفع بالارسال غير الغائب)
(ومن على يسير الاميال يحل * فالكتب كاف فيه مع امن السبل)
(ومع بعد او مخافة كتب * لامثل القوم ان افعل ما يجب)
(اما باصلاح او الاغرام * او ازعج المطلوب للخصام)
(ومن عصى الامر ولم يحضر طبع * عليه ما يهمه كي يرتفع)
(واجرة العون على طالب حق * ومن سواه ان الد تستحق)

(الابيات الستة) يعني ان الخصم اذا حضر لدى القاضي هو او نائبه وطلب منه احضار خصمه وله قرينة تدل على صدق دعواه فان كان حاضرا في البلد وجه اليه احد عوانه يرفعه لمجلس حكمه وان لم يكن معه في البلد فان كان قريبا مثل الاميال اليسيرة مع امن الطريق كتب اليه مراسلة يأمره بالحضور لديه للكلام مع خصمه فلان وان كانت الطريق مخوفة او بعيدة بموضع تحت حكمه كتب مراسلة لنائبه ان كان وإلّا فلامثل القوم ان يفعل ما يجب فعله من النظر المؤدي للتناصف بين الخصمين اما بالصلح او بالغرم فان تعذر ذلك ازعج المطلوب والزمه التوجه لمحل حكم قاضي الجماعة هو او نائبه ويؤجل بقدر ما يناسبه ان طلب ذلك للحضور مع خصمه وقوله مخيلة اي شبهة وقرينة تدل على انه لم يقصد بذلك اتعاب خصمه

فان لم تكن قرينة فلا يمكن من ذلك ، وقال الامام ابن عرفة ان المطلوب يرفع وان لم يأت الطالب بشبهة وبه جرى العمل ، وقوله ومن عصى الامر يعني ان الخصم اذا دعاه القاضي لمجلس قضائه للكلام مع خصمه فعصى وتغيب فانه يطبع عليه ما يهمه طبعه مما لا صبر له عليه كداره بعد اخراج ما فيها من الحيوان بان ياصق شمع ونحوه بالباب او يسمر ليرتفع الى المحاكمة فاذا فتح الباب ظهر ذلك فيعاقب فاعله والذي عليه عملنا اليوم الاستعانة على احضاره بالحاكم السياسي وهو احسن من الطبع وعلى الحاكم عقابه بقدر ما يراه قال ابو بكر بن العربي قال علماؤنا قول الله تعلى الم تر الى الذين اوتوا نصيبا من الكتاب يدعون الى كتاب الله ليحكم بينهم الاية دليل على وجوب ارتفاع المدعو الى الحاكم لانه دعي الى كتاب الله فان لم يفعل كان مخالفا يتعين عليه الزجر بالادب على قدر المخالف والمخالف وقوله واجرة العون على طالب حق ، البيت يعني ان أجرة العون الذي يوجهه القاضي لجلب الخصم انما هي على الطالب لا على المطلوب ولا عليهما معا ما لم يحصل الداد من المطلوب وإلّا فهي عليه وحده دون الطالب (فرع) كتب المراسلات واجب على القاضي وحينئذ لا يجوز له الامتناع من كتبها ولا أخذ الاجرة عليها واما غيره يجوز له اخذ الاجرة عليها وتكون على الطالب كأجرة العون قاله في المعيار (قلت) قوله لا يجوز له الامتناع من كتبها يعني إلّا لعذر والله اعلم (فصل في) بيان تسع (مسائل من القضاء) ذيلتها بمسئلة عاشرة فأشار الى المسئلة الاولى بقوله

(وليس بالجائز للقاضي اذا * لم يبد وجه الحكم ان ينفذا)

يعني انه لا يجوز للقاضي ان ينفذ الحكم على احد الخصمين قبل ان يتبين له من هو المطلوب بالبينة ومن هو المطلوب باليمين منهما لتداخل كلاهما لان الحكم بالتخمين والظن فسق وجور والواجب عليه اذا لم يتبين له ذلك مشورة العلماء ان أمكن وإلّا أمرهم بالصلح (تنبيه) قال ابو بكر ابن العربي لا يجوز الحكم بالفراسة وذلك

لان مدار حكم الحاكم هو في الظاهر على كلام الخصمين لا حظ له في الباطن لانه لا يبلغه علمه فلا ينفذ فيه حكمه وانما يحكم في الظاهر والباطن الظاهر الباطن سبحانه ، وقد قال النبيء صلى الله عليه وسلم إنما انا بشر وانكم تختصمون الي ولعل بعضكم ان يكون الحن بحجته من بعض فاقضي له على نحو ما اسمع منه فمن قضيت له بشيء من حق اخيه فلا ياخذه فانما اقطع له قطعة من النار فهذا رسول الله صلى الله عليه وسلم المصطفى للاطلاع على الغيب يتبرأ من الباطن ويتنصل من تعدي حكمه اليه فكيف بغيره من الخلق وهذا يدل على ان الحاكم مصيب في حكمه في الظاهر وان أخطأ الصواب عند الله تعلى في الباطن لانه سبحانه قال وتدلوا بها الى الحكام لتاكلوا بحكمهم وانتم تعلمون بطلان ذلك والحاكم في عفو الله وثوابه والظالم في سخط الله تعلى وعقابه انتهى (قلت) الحديث والاية يدلان على ان حكم الحاكم لا يحل الحرام لانه لا يتناول إلَّا الظاهر فقط على القول الصحيح (الثانية) كأن قائلا قال له حيث كان لا يجوز للقاضي ان ينفذ الحكم اذا لم يظهر له وجهه فما يصنع اجاب عنه بقوله

(والصلح يستدعي له أن اشكلا * حكم وان تعين الحق فلا)
(ما لم يخف بنافذ الاحكام * فتنة او شحنا اولي الارحام)

يعني ان القاضي اذا اشكل عليه وجه الحكم او المحكوم به بسبب تداخل كلام المتخاصمين كما تقدم او تعارض البينات او ألاقوال فانه يدعوهما للصلح لانه لايجوز له ان ينفذ حكمه والحالة ما ذكر كما مر اما ان ظهر له وجه الحكم او النص الذي يحكم به او ترجيح احدى البينتين فلا يجوز له ان يدعوهما الى الصلح بل الواجب عليه ان ينفذ حكمه إلَّا اذا خاف بتنفيذ حكمه حصول فتنة بين الخصوم او وقوع الشحناء والبغض بين ذوي الأرحام وكذلك اهل الفضل فانه يامرهم بالصلح ، وقال كثير من اصحاب مالك لا باس ان يامرهما بالصلح متى رءاه قبل النظر وبعده

اشكل امرهما او لم يشكل كذا في ابن رحال على ميارة نقلا عن ابن دبوس (قلت) هذا هو المناسب لاهل هذا الزمان (الثالثة) قوله

(و الخصم ان يعجز عن القاء الحجج * لموجب لقنها ولا حرج)

يعني ان الخصم اذا عجز عن الاستظهار بحجته بسبب اندهاش ونحوه او اقر الخصم بما فيه منفعة له وغفل عن طلب الكتب عليه فان القاضي يلقنه حجته وينبهه على كتب ما اقر له به خصمه بدون حرج عليه في ذلك ولا اثم ولو كان العاجز غير جاهل بامور الخصام على المشهور وقد يقال ان التلقين واجب اذا كان الخصم جاهلا ضعيفا عنها لقوله عليه الصلاة والسلام من ثبت غبيا في خصومة حتى يثبتها ثبت الله قدمه يوم تزل الاقدام قال الامام ابن عرفة فاذا ظن القاضي ان المعذور اليه يجهل ما يسقط عنه الحجة نبهه الحاكم على ما يسقطها وقال (خ) فان اقر فله الاشهاد عليه وللحاكم تنبيهه عليه وقوله ان يعجز بضم الجيم فمفهومه انه اذا كان غير عاجز ولا غافل فانه لا ينبهه وعليه الاثم وهو كذلك لانه من الحيف وهو حرام كما انه لا يجوز للقاضي وغيره تلقين الفجور والحيل ليتغلب على الخصم بها مع انه في نفس الامر والواقع على باطل وهو جرحة فيمن فعله فقيها كان او غيره ويؤدب فاعله باجتهاد الحاكم (الرابعة) قوله

(ومنع الافتاء للحكام * في كل ما يرجع للخصام)

يعني انه يمنع للحكام الافتاء في كل ما شانه يرجع للخصام من ابواب المعاملات قال المهدي ما نصه وما ذكره الناظم من المنع هو ظاهر ابن عبد السلام ونصه يعني انه يجوز له الفتيا فيما عدى مسائل الخصام وهل له الفتيا في مسائل الخصام قولان احدهما ليس له ذلك لانه من اعانة الخصوم على الفجور والثاني اجازة فتياه في مسائل الخصام واما تعليم القاضي العلم وتعلمه فجائز اه فعبارته ظاهرة في المنع الذي قاله ظم البرزلي وهذا اذا كانت الفتوى فيما يمكن ان تعرض بين يديه ولو جاءته من خارج بلده

او من بعض الكور او على يدي عماله فليجبهم عنها اه ومحل المنع ايضا حيث لا يمكن الاطلاع على مذهبه إلّا من افتائه وذلك اذا كان مجتهدا او مقلدا وفي المسئلة قولان متساويان مثلا واما ان كان احدهما راجحا او معمولا به جاز له ان يفتي به انظر البناني والله اعلم (الخامسة) قوله

(وفي الشهود يحكم القاضي بما * يعلم منهم باتفاق العلما)

(وفي سواهم مالك قد شددا * في منع حكمه بغير الشهدا)

(وقول سحنون به اليوم العمل * فيما عليه مجلس الحكم اشتمل)

يعني انه يجوز للقاضي ان يستند على علمه في عدالة الشهود وجرحتهم فيحكم بشهادة من علم عدالته ولا يحكم بشهادة من علم جرحته اتفاقا ولا يجوز له ان يحكم بما علمه في غير التعديل والتجريح كان ذلك قبل ولايته او بعدها في مجاس حكمه او لا بل لا بد من سماع الشهود لما اقر به الخصم لخصمه فان لم يكن شهود حضورا لما اقر به فهو فيما اقر به الخصم لديه شاهد هذا هو المشهور وينقض حكمه ان وقع . وعند سحنون اذا جلس الخصمان لديه فاقر احدهما بشيء وسمعه القاضي وحده فجائز ان يقضي به بينهما قال الناظم وبه العمل . وقال ابن رحال كلام المفيد وابن سلمون يفيد ان العمل على خلاف ما في التحفة وهذا هو اللائق بزماننا (تنبيه) يستثني من قوله وفي سواهم مالك قد شددا البيت الحكمان فانه يجوز لهما الحكم بما علماه من الزوجين ولا يحتاجان الى احضار الشهود وينفذ ما حكم به قاله ابن العربي (السادسة) قوله

(وعدل ان أدى على ما عنده * خلافه منع ان يرده)

(وحقه انهاء ما في علمه * لمن سواه شاهدا بحكمه)

يعني ان العدل اذا ادى شهادته عند القاضي والقاضي يعلم خلاف ما شهد به العدل

فليس للقاضي ان يرد شهادته لعدالته عنده وليس له ان يحكم بها لمخالفتها لما في نفس الامر والواقع الذي يعلمه القاضي والعمل في ذلك أن يرفع القاضي شهادته حيث لا يجوز له أن يحكم بما في علمه لغيره من الحكام مع شهادة العدل فيكون القاضي في هاته الجزئية يحكم الشاهد اي على حكم الشاهد وطريقته فالباء بمعنى على ويجوز ان يكون لفظ حكم زائدا بين الجار والمجرور للوزن اي به اي بما هو مخالف لشهادة الشاهد فتبقى الباء على حالها (السابعة) قوله

(وعلمه بصدق غير العدل لا * يبيح ان يقبل ما تحملا)

يعني ان القاضي اذا علم بصدق غير العدل فيما شهد به عنده فلا يجوز له قبول شهادته لانه يؤدي الى حكمه بعلمه وهو ممنوع كما تقدم (الثامنة) قوله

(ومن جفا القاضي فالتاديب * اولى وذا لشاهد مطلوب)

(وفلتة من ذي مروءة عثر * في جانب الشاهد مما يغتفر)

يعني ان من اساء الادب على القاضي بكلام لا يليق بمنصبه الشريف او على الشاهد في مجلس حكمه فانه يؤدبه بالاجتهاد وتاديبه اولى من العفو عنه زجرا لامثاله إلّا اذا كان ذا مروءة وحصل منه ذلك فلتة في جانب الشاهد وكذا في جانب القاضي فهو مغتفر لقوله عليه الصلاة والسلام اقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم الحديث ، ويلحق بقضية الشاهد وقوع احد الخصمين في صاحبه قال الشيخ ميارة فلو قال الناظم بدل الشطر الاخير من البيت الثاني ، في الخصم والشاهد مما يغتفر ، لافاد مسئلة الوقوع في الخصم (التاسعة) قوله

(ومن الد في الخصام وانتهج * نهج الفرار بعد إتمام الحجج)

(ينفذ الحكم عليه الحكم * قطعا لكل ما به يختصم)

(وغير مستوف لها ان استتر * لم تنقطع حجته اذا ظهر)

(لا كنما الحكم عليه يمضي * بعد تلوم له من يقضي)

الابيات الاربعة يعني ان الخصم اذا تلدد على خصمه في الخصومة وسالك طريق الفرار بتغيبه عن مجلس الحكم خوفا من وقوع الحكم عليه فان كان ذلك بعد اتمام حجته وانقضاء الاجال والتلومات وثبت تغيبه فان القاضي يحكم عليه وينفذ حكمه ولا تسمع له بعد ذلك دعوى ولا بينة ، وان كان فراره قبل استفاء حجته فان القاضي يحكم عليه ايضا لاكن بعد ان يتاوم له بالاجتهاد لعاه يحضر فان انقضى الاجل ولم يحضر امضى الحكم عليه ويبقي على حجته وبهذا جرى العمل (المسئلة العاشرة) في حكم الالداد قال ابن العربي لا يجوز الالداد لقول الله تعلى وهو الد الخصام يعني ذا جدال اذا كلمك وراجعك رايت لكلامه طلاوة وباطنه باطل وهذا يدل على ان الجدال لا يجوز إلّا بما ظاهره وباطنه سوآء وقد روى البخاري وغيره ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ابغض الرجال الى الله الالد الخم ، وقول الناظم الحكم في البيت الرابع مفعول مقدم منصوب بيمضي بضم الياء المثناة تحت من امضى الرباعي وفاعل يمضي من وهو اسم موصول واقع على القاضي وجملة يقضي صلته والله اعلم

فصل في المقال والجواب

المقال هو دعوى المدعي اما بتقييدها وهو الاكثر واما بتقديم رسم الحق ، والجواب هو ما يجيب به المدعى عليه من اقرار او انكار او امتناع (مقدمة) في صفة العمل في ذلك كما في المتيطية وغيرها انه يجب على القاضي اذا حضر لديه الخصمان وعرف المدعي من المدعى عليه كما تقدم فيسال المدعي عن دعواه ويفهمها عنه فان كانت مما لا يجب على المدعى عليه بها حق اعلمه بذلك ثم يصرفهما عنه فان نقص من دعواه ما فيه بيان مطلبه امره باتمامه وان كان مجملا امره بتفسيره وان كان الحق لميت او على ميت امره باثبات وفاته وبيان ورثته وتناسخ الوراثات ان كان ثم تناسخ وان طال

ليعلم مناب كل واحد منهم وتضمينها في رسم المقال كتضمين التوكيل اذا كان القائل وكيلا وتضمين الايصاء او التقديم اذا كان القائل وصيا او مقدما في حق المولى عليه خوفا من ضياعها اذا انفردت فيتوقف حكم الحاكم عليهما عند ارادة الحكم فاذا صحت الدعوى بشروطها المتقدمة وتمت الموجبات سال القاضي المدعى عليه الجواب عنها فان طلب من المدعي ان يجمع مطالبه ويحصر دعواه فيها وياخذ نسخة من مقاله لينظر ما فيها ويحتج بها يوما ما اجيب الى ذلك إلّا في المواريث وحق المولى عليهم فلا حصر لان الحصر يستلزم الابراء والمولى عليه لا يصح الابراء عنه ولا يجوز لما فيه من تضييع حقوقه ولا يسال القاضي المدعي عن البينة قبل جواب المدعى عليه فلعله يجيب بالاقرار فيرتفع النزاع كما مر فان اجاب بعد ذلك بالاقرار فظاهر ويجب على القاضي تسجيله لئلا ينكر بعد فيضيع الحق او تطول الخصومة وان اجاب بالانكار نظر القاضي في ذلك بما يجب وهو ان البينة على المدعي واليمين على من انكر اذا كانت الدعوى في مال او ما يؤول اليه كما تقدم وسياتي ايضا في انواع الشهادات مفصلا وان ابهم في جوابه امره بتفسيره وقيد بذلك كتابا كالمقال ليحتج كل واحد من الخصمين على صاحبه بما قيده على نفسه او عن المنوب عنه فينحصر الخصام ويتمكن القاضي من تصور النازلة وفهمها فيسهل عليه فصلها فان امتنع من الجواب عن الدعوى بالاقرار او الانكار فالحكم في ذلك هو ما اشار اليه الناظم بقوله

(ومن ابى اقرارا او انكارا ★ لخصمه كلفه اجبارا)

(فان تمادى فلطالب قضي ★ دون يمين او بها وذا ارتضي)

يعني ان المدعى عليه اذا امتنع من الجواب عن دعوى المدعي بان قال لا اجيب او لا اقر ولا انكر فان القاضي يجبره على الجواب باحد امرين اما بالاقرار واما بالانكار بالتهديد فان استمر على ابايته في ذلك المجلس سجنه وضربه ان امكن فان تمادى حكم عليه بعد اعلامه بذلك لانه من باب الاعذار وهل يحكم عليه بدون يمين

المدعي وهو قول الاكثر وبه العمل او بها وقد ارتضي هذا القول وبه عمل قولان (تكملة) قال الحطاب وان قال المدعى عليه هذا الشيء المدعى فيه ليس ملك لي بل هو لفلان وهو حاضر فصدقه سلم له المدعى فيه والخصومة بينه وبين المدعي وللمدعي احلاف المقر انه ما اقر به لاتلاف حقه اذ لو اعترف انه اقر بالباطل وان المقر به انما هو لمدعيه لزم الغرم له فانه حالف انه لم يقر إلّا بالصدق ولا حق فيه للمدعي سقط مقال المدعي فان نكل عن اليمين فهاهنا اختلف الناس هل يستحق بيمينه غرامة المقر لاتلافه باقراره ما اقر به اولا لانه لم يباشر الاتلاف واذا توجهت الخصومه بين المدعي والمقر له وجبت اليمين على المقر له فان نكل حلف المدعي وثبت حقه فان نكل فلا شيء له عليه وهل له تحليف المقر او لا قال ابن عبد السلام ليس له ذلك لانها لو وجبت لكان للمقر النكول فاذا نكل عنها لم يكن للمدعي ان يحلف لانه قد توجه عليه هذا الحلف ونكل عنه انتهى قوله

(والكتب يقتضي عليه المدعي * من خصمه الجواب توقيفا دعي)

يعني ان المكتوب الذي يقيده المدعي ويطلب من المدعى عليه الجواب عنه كما يسمى مقالا يسمى ايضا توقيفا لان الطالب الذي قيده يوقف عليه المطلوب للجواب عنه لدى القاضي اما ما يقيده المدعى عليه فيسمى جوابا لا غير والله تعلى اعلم قوله

(وما يكون بينا ان لم يجب * عليه في الحين فالاجبار يجب)

(وكل ما افتقر للتامل * فالحكم نسخه وضرب الاجل)

(وطالب التاخير فيما سهلا * لمقصد يمنعه وقيل لا)

يعني ان الدعوى المقيدة بالمقال ان كانت سهلة قليلة الفصول فان المدعى عليه يكلف بالجواب عنها حالا من غير تراخ ولا يجاب الى اخذ نسخة ان طلبها وانما تقرأ عليه الدعوى فقط فان امتنع من الجواب اجبر عليه كما تقدم وان كانت غامضة كثيرة الفصول مفتقرة للتأمل فالحكم اعطاء نسخة منه للمدعى عليه ان طلبها ويضرب له

اجل للجواب بالاجتهاد ثـــم ما تقدم من كون المدعى عليه ان طلب التاخير عن الجواب فيما سهل لا يجاب لمطلبه ان كان لغير مقصد اما اذا طلب التـاخير لمقصد من المقاصد كتوكيل من يجيب عنه وسؤال اهل العلم عما قيد عنه لياتي بما ينفعه او ليحتج به على خصمه كما تقدم فهل يمنع من التاخير كذلك اولا يمنع وتعطى له النسخة من المقال ويؤجل للجواب قولان عمل بهما واستمر العمل على الثـاني قال بعض الشيوخ وهو المعول عليه والمناسب لاهل هذا الزمان ولا ضرر على المعطي للنسخ في هذا (استدراك) لابد من مطابقة الجواب للدعوى وسياتي شيء من هذا عند قول الناظم ، ومنكر للخصم ما ادعاه ، البيت كما تقدمت الاشارة اليه في اول الفصل قوله

(ويوجب التقييد للمقـال * تشعب الدعوى وعظم المال)

(لانه اضبط للاحكام * ولانحصار ناشيء الخصام)

(وحيثما الامر خفيف بين * فالترك للتقييد مما يحسن)

(فرب قول كان بالخطاب * اقرب للفهم من الكتاب)

الابيات الاربعة تقـدم ان المقال تارة يكون صعـبا متشعبا لكثرة فصوله وتـارة يـكون سهلا وعلى كل حال فتقيـيد المقال المتضمن للدعوى امر مشروع عنـد العلماء وانما الكلام في الوجوب وعدمه فذكـر الناظم هنا انه اذا كان الوجه الاول وجب تقييد المقال لا سيما ان انضم الى ذلك كثرة المـال المتنازع فيه لان تقييده يضبط الاحكـام وينحصر به ناشيء الخصام فلا يقدر المدعي ان ينتقل من دعوى الى اخرى ولا على زيـادة شيء آخر اذا حصر دعـواه فيما قيده حصرا بالفعل فـان زاد بعد الحصر شيئا لم تقبل زيادته ان امتنـع خصمه من ذلـك وان انتقل الى اخرى بطلت دعواه جملة لاضطرابه ، وان كـان الوجه الثاني فتـرك التقييد حسن اذ ربما يكـون تلقي الدعوى وفهمها بالكلام اسهل للفهم من الكتاب والاحسن التقييد لاهل هـذا الـزمان كما تقـدم إلّا اذا كان المال قليـلا بحسب

العرف بحيث تضره المصاريف فلا يحسن التقييد كما قال وتكون النازلة شفاهية ، والمراد بالوجوب هنا الوجوب الصناعي عند اهل الفن لا الوجوب الشرعي الذي يكون في فعله ثواب وفي تركه عقاب ، وقوله اقرب بالرفع خبر المبتدا الذي هو قول المجرور برب وجملة كان بالخطاب صفة لقول ، وقوله الامر خفيف بين مبتدا وخبر ونعت ومنعوت فـــــائدة قال الزرقاني عند قول الشيخ خليل وملك الصيد المبادر لو تكررت شكوى شخص بآخر فان للمشكو ان يرفع الشاكي للحاكم ويقول له أن كان لك شيء عندي فيدعي به فان ابى من ذلك حكم له بانه لا حق له بعد ذلك وليس له شكوى قطعا للنزاع ، (قلت) قوله حكم له بانه لا حق له بعد ذلك الخ اي فيما كان يدعيه قبل الحكم اما ما كان محدثا بعد الحكم فله القيام به وتسمع دعواه فيه وهاته المسئلة تعرف عندنا بالتقييد او الاسقاط قطعا للمشاغبة على ان ذلك لا يكون إلّا بعد التكرار كما قال لا من اول شكوى كما فعله بعض القاصرين من المعاصرين والله الموفق للصواب (ترتيب حسن) لكلام الناظم فصـــــل في المقال والجواب

والكتب يقتضي عليه المدعي * من خصمه الجواب توقيفا دعي
ويوجب التقييد للمقال * تشعب الدعوى وعظم المال
لانه اضبط للاحكام * ولانحصار ناشيء الخصام
وحيثما الامر خفيف بين * فالترك للتقييد مما يحسن
فرب قول كان بالخطاب * اقرب للفهم من الكتاب
وكل ما افتقر للتأمل * فالحكم نسخه وضرب الاجل
وما يكون بينا ان لم يجب * عليه في الحين فالاجبار يجب
وطالب التأخير فيما سهلا * لقصد يمنعه وقيل لا
ومن ابى اقرارا او انكارا * لخصمه كلفه اجبارا
فان تمادى فلطالب قضي * دون يمين او بها وذا ارتضي
وخصم ان يعجز عن القاء الحجج * لموجب لقنها ولا حرج

ومنع الاقتاء للحكام * في كل ما يرجع للخصام
ومن الد في الخصام وانتهج * نهج الفرار بعد اتمام الحجج
ينفذ الحكم عليه الحكم * قطعا لكل ما به يختصم
وغير مستوف لها ان استتر * لم تنقطع حجته اذا ظهر
لا كنما الحكم عليه يمضي * بعد تلوم له من يقضي

فصل في الاجال

لما ذكر الناظم ان المدعى عليه اذا اخذ نسخة من المقال للجواب عنه وانه يؤجل لذلك ناسب ان يكون فصل الاجال عقب فصل المقال والجواب (والاجال) جمع اجل وهو في اللغة مدة الشيء ووقته الذي يحل فيه وهو مصدر اجل الشيء اجلا من باب تعب ، واجل أجولا من باب قعد لغة واجلته تاجيلا جعلت له اجلا والاجل على فاعل ضد العاجل وجمع الاجل اجال مثل سبب واسباب واجل مثل نعم وزنا ومعنى قاله في المصباح ، وفي الاصطلاح المدة التي يضربها الحاكم للخصم لما عسى ان يأتي بما ينفعه من الحجة ، واعلم ان ضرب الاجل للمواعيد سنة ماضية ومعنى قديم اسسه الله تعلى في القضايا وحكم به للامم وعرفهم به مقادير التأني في الاعمال وان اول اجل ضربه سبحانه وتعلى الايام الستة التي مدها لجميع الخليقة فيها وقد كان قادرا في ان يجعل ذلك لهم في لحظة واحدة لان قوله لشيء اذا ارادة ان يقول له كن فيكون إلّا انه اراد تعليم الخلق التأني وتقسيم الاوقات على اعيان المخلوقات ليكون لكل عمل وقت وان الاجل اذا ضرب لمعنى يحاول فيه تحصيل المؤجل لاجله فجاء الاجل ولم يتيسر زيد فيه تبصرة ومعذرة وقد بين الله ذلك في قصة موسى صلى الله عليه وسلم فضرب اجلا ثلاثين ليلة وهو معنى قوله تعلى وواعدنا موسى ثلاثين ليلة الاية فخرج لوعد ربه فزاد الله عشرة تتمة اربعين ليلة وهو معنى قوله تعلى وأتممناها بعشر فتم ميقات ربه اربعين ليلة ثم ان الزيادة التي تكون على

الاجل غير مقدرة كما ان الاجل غير مقدر وانما يكون ذلك باجتهاد الحاكم بعد النظر الى المعاني المتعلقة بالامر من وقت وحال وعمل فيكون الاجل بحسب ذلك فاذا قدر الاجل باجتهاده قدر الزيادة باجتهاده فيستحب له ان تكون الزيادة مثل ثلث المدة السالفة كما أجل الله لموسى في الزيادة ثلث ما ضربه له من المدة وان رأى الحاكم ان يجمع له الاصل في الاجل والزيادة في مدة واحدة جاز ولكن لا بد من التربص بعدها لما عسى ان يطرأ من العذر على البشر قاله ابو بكر بن العربي اذا تقرر هذا وعلمته سهل عليك فهم قول الناظم (ولاجتهاد الحاكم الاجال * موكولة حيث لها استعمال) الى آخره فمعنى هذا البيت هو ان الاجال التي يدخلها الاجتهاد إذا اريد استعمالها في المرافعات فإنها موكولة لنظر القضاة في قدرها وجمعها وتفريقها كما مر اما الاجال المقررة في الشريعة وهي اجل المولى اربعة اشهر واجل المعترض والمجنون والمجذم سنة للدواء واجل المفقود اربع سنين للحر ونصفها للعبد واجل المعتدة والمستبراة لا يدخلها الاجتهاد (ولما) كانت النفس ربما تتشوف لما ضربه القضاة الاقدمون من الاجال في جزئيات القضايا وان لم يجب الوقوف عنده لما يراه الحاكم العادل في تلك الجزئية كما تقدم شرع الناظم رحمه الله تعلى في ذكر بعض مسائل من ذلك لينقاس على كل واحدة منها ما يماثلها تسهيلا على المبتدئين من القضاة فقال

(وبثلاثة من الايام * أجل في بعض من الاحكام)
(كمثل احضار الشفيع للثمن * والمدعي النسيان ان طال الزمن)
(والمدعي ان له ما يدفع * به يمينا امرها مستبشع)
(ومثبتا دينا لمديان وفي * اخلاء ما كالربع ذلك اقتفي)
(وشرطه ثبوت الاستحقاق * برسم الاعذار فيه باق)

الابيات الخمسة يعني ان عمل القضاة جرى بالتاجيل ثلاثة ايام في خمس مسائل (الاولى) من اخذ بالشفعة وطلب التاجيل لاحضار الثمن اما من طلب التاجيل لينظر هل

يشفع ام لا فانه لا يؤخر إلّا كساعة على المعتمد (الثانية) من ادعي عليه بدعوى مالية فادعى النسيان لطول الزمن وطلب التاجيل ليتذكر فيقر او ينكر (الثالثة) من توجهت عليه يمين فادعى ان عنده ما يدفع بـه تلك اليمين التي تكرهها النفس وتستبشعها (الرابعة) من له دين على آخر فلما طلبه ادعى العدم فلما راى رب الدين من القاضي ان يحكم بثبوت عدم غريمه طلب تاخير الحكم بذلك ليثبت ان لمدينـه دينا او حقا اما ثبوت التاجيل لاثبات دين على منكره فسياتي بعد هـذه (الخامسة) من استحق عقارا ولم يبق للمقوم عليه إلّا الاعذار وطلب المستحق اخـلاءه ليعقله بالحيلولة بينهما لا بعدم التفويت فقط على خلاف في ذلك ياتي ذكره في الشهادة الخامسة التي توجب العقلة فان حائزه يؤجل لاخلائه ثلاثة ايام (مسئلة) من اكترى بيتا وانقضى اجل كرائه ولم يخرج فانه يؤخر ثلاثة ايام ونحوها لينتقل الى مسكن آخر لان في اخراجه لغير مسكن ضررا ذكره الشيخ ميارة في شرحه على الزقاقية قـــوله

(وفي سوى اصل له ثمانيه * ونصفها لستة مواليه)

(ثم ثلاثة لذاك تتبع * تلوما واصله تمتعوا)

يعني ان التاجيل في غير الاصول وحل العقود الاتي ذكرهما وغير المسائل المتقدمة بل في اثبات الديون والعروض والحيوانات يكون بواحد وعشرين يومـا مفصلة ثمانية بغير اليوم الذي كتب فيه الاجل في جميع الاجال لا يعد على المتاجل ثم ستة ايام ثم اربعة ثم يتلوم له بثلاثة ايام اعذارا وهو الاجل الاخير ، والاصل فيه قول الله تعلى في قصة قوم صالح عليه الصلاة والسلام الذين عقروا الناقة تمتعوا في داركم ثلاثة ايام أي عيشوا في داركم ثلاثة ايام ثم تهلكون فهلكوا عن آخرهم بعدها والقصة مرجعها كتب التفسير فلا نطيل بذكرها ، وعلى الحاكم اذا حضر لديه المتاجل عند انقضاء الاجل المضروب له ان يقول له ابقيت لك حجة فان اتى بها نظر فيهـا بما يجب وإلّا وسع

له بالاجل الثاني وهكذا الى تمام الاجال والتلوم فان انقضت ولم يات بما تاجل له عجزه بالاسقاط عليه بمحضر عدلين يشهدهما على حكمه وسياتي شيء من هذا قريبا والذي رايته بحاضرة تونس عدم التوقيف عند انقضاء كل اجل حيث ان الخصم لا يقوم بما عنده من الاجال والتلوم إلّا بعد انقضائها مع انها مفصلة فالتفصيل في الحقيقة امر صوري وفيه ضرر على الخصم بكثرة مصاريف رسوم الاجال والجمع اولى في هذا الزمان كما ياتي عند قوله وتجمع الاجال البيت قوله

(وفي الاصول وفي الارث المعتبر * من عدد الايام خمسة عشر)

(ثم تلي اربعة تستقدم * بضعفها ثم يلي التلوم)

(وفي اصول ارث او سواه * ثلاثة الاشهر منتهاه)

(لا كن مع ادعاء بعد البينه * ومثله حائز ملك سكنه)

(مع حجة قوية له متى * اثبته لنفسه من اثبتا)

الابيات الخمسة يعني ان الاجل المعتبر في اثبات الاصول سواء كانت من ارث او من غيره وفي اثبات الارث من غير الاصول ثلاثون يوما تفرق خمسة عشر يوما ثم ثمانية ثم اربعة ثم يليها التلوم بثلاثة ايام يوقفه الحاكم عند انقضاء كل اجل ان طلبه الخصم كما تقدم وله ان يضرب له اجلا قاطعا من ثلاثين يوما مشتملا على الاجال والتلوم فهو من فعل من مضى من القضاة وسياتي الكلام عليه قريبا . ومحل كون الاجل ثلاثين يوما في اثبات الاصول وما عطف عليها اذا كانت البينة حاضرة بالبلد فان كانت غائبة لا سيما ان كانت بعيدة فانه يؤجل باكثر من ذلك في اثبات الاصول مطلقا اجلا منتهاه ثلاثة اشهر ومثله من بيده ملك حائز له فادعاه مدع واثبت دعواه فطلب الحائز للملك التاجيل لياتي بحجة تعارض حجة خصمه وتدفعها ليكون احق بما بيده من الملك فانه يؤجل ثلاثة اشهر ايضا . وقوله متى اثبته الخ شرط جوابه محذوف يدل

عليه ما تقدم والتقدير متى اثبته لنفسه من اثبت وادعى الحائز مدفعا فانه يؤجل اجلا منتهاه ثلاثة اشهر قـــــوله

(وبيع ملك لقضاء دين * قد اجلوا فيه الى شهرين)

يعني ان من كان يملك ربعا او عقارا وثبت عليه دين ولم يكن من اهل الناض فانه يؤجل في بيع ربعه او عقاره الشهر او اكثر الى الشهرين اما غير الربع والعقار من العروض والحيوان وهو المراد بالناض هنا فانه يباع بالمناداة كذلك ولا تباع عليه رباعه او عقاراته لاكن ان كان المنقول كالحبل والدلو وما كان في تاخيره فساد فانه يباع حالا وان كان اثاثا او حيوانا كالخيل والبغال والبقر فانه يباع بعد ايام يسيرة ان ظنت الزيادة وان كان كالجواهر واليواقيت فحكمه كالعقار فان وفت المنقولات بالدين فذاك وإلا كمل من العقار بما فيه وفاء الدين والله اعلم قـــــوله

(وحل عقد شهر التاجيل * فيه وذا عندهم المقبول)

(وتجمع الاجال والتفصيل * في وقتنا هذا هو المعمول)

يعني ان المشهود عليه اذا طلب حل الشهادة التي تضمنها العقد فانه يؤجل شهرا على القول المقبول المعمول به وقيل يوجل شهرين وقيل يوجل احدى وعشرين يوما قال صاحب العمل المطلق وهو الصحيح ، وحل العقود يكون بامور اما بظهور تناقض في فصول بينات الاسترعاء وهي التي يمليها الشاهد الذي نقلت عنه الشهادة من حفظه او بظهور تناقض ايضا في رسم الاصل وهو ما يمليه من عليه الحق او الموكل بكسر الكاف ونحوهما على الشاهد او فيما بين حجته التي قام بها وبين مقاله او بظهور استحالة في متن الرسم عادة كالشهادة على شخص انه باع وتاريخه قبل وجوده او بظهور تغيير في الكتابة على محل الحاجة من غير اعتذار عليه من الموثق قبل العقد اي الخنفوسة او بتجريح شهوده الى غير ذلك من الامور التي تكون سببا لحل العقود ، وانه يجوز للقاضي ان يجمع الاجال بان يضرب له اجلا معلوما قاطعا في

سجل واحد وان يفصلها شيئا فشيئا كما تقدم قال وبهذا التفصيل العمل ووجه رجحانه رجاء تمام النازلة في اثناء الاجل الاول اذا اتى المتاجل بما ينفعه فلا يفتقر الى الاجل الثاني وهكذا

فصل في الاعذار

الاعذار في اللغة المبالغة في طلب العذر ومنه الاعذار في الحكم قاله ابن الفكهاني والعذر الحجة التي يعتذر بها ويدفع بها عن نفسه ، وفي المثل اعذر من انذر يقال ذلك لمن يحذر امرا يخاف سواء حذر او لم يحذر قاله في المصباح وفي الشرع عرفه الامام ابن عرفة بقوله الاعذار سؤال الحاكم من توجه عليه موجب حكم هل له ما يسقطه ، والاصل فيه قول الله تعلى وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا الاية قوله

(وقبل حكم يثبت الاعذار * بشاهدي عدل وذا المختار)

يعني ان القاضي اذا اراد ان يحكم على من توجه عليه الحكم من الخصمين فانه لا يحكم عليه إلّا بعد الاعذار اليه بقوله ابقيت لك حجة ونحوه بمحضر شاهدي عدل على القول المختار المعمول به فان قال لا حجة عندي ولا ناصر لي حكم عليه حينئذ وان ذكر ان له حجة اجله اليها كما تقدم في الاجال فان انقضت الاجال والتلوم ولم يات بما تاجل له حكم عليه وقطع عذره وناصره وعجزه في كل شيء إلّا في مسائل ياتي ذكرها في فصل خطاب القضاة مع بيان صفة العمل وحينئذ لا يلتفت الى قوله بعد التعجيز عندي حجة قال بعض العلماء إلّا اذا رأى القاضي عليه مخايل الصدق وانه ليس من اهل الباطل فلا باس بالتروي بقدر ما يظهر له (قلت) وعليه مراعاة الجانبين وجانب المولى جل وعلا اشد عند المتقين وقوله وذا المختار الاشارة راجعة الى كون الاعذار قبل الحكم بشاهدي عدل ومقابل القول المختار هو الاعذار بعد الحكم والاكتفاء بالعدل الواحد وليس عليه عمل ، وفي اختصار المتيطية فان

اعذر اليه بواحد اجزأه ، ودليل المجيز ان النبي صلى الله عليه وسلم فعله اذ قال اغد يانيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فاعترفت اي بالزنى الذي رماها به زوجها فرجمها ، وحيث كان الاعذار قبل الحكم واجبا شرطا فاذا حكم الحاكم على من توجه عليه الحكم بدون اعذار لغفلة او جهل ثم وجد المحكوم عليه حجة فله القيام بها لعدم الاعذار الذي هو شرط في صحة الحكم وقاعدة الشرط انه يلزم من عدمه العدم وكذلك تقبل حجته ان اعذر اليه في شيء ناقص او اعذر اليه ولم يعجزه ، ولما كان الخصم يمكن من الاعذار في كل من شهد عليه اذا طلبه إلّا في خمسه مسائل اشار اليها الناظم بقوله

(وشاهد الاعذار غير معمل * في شأنه الاعذار للتسلسل)
(ولا الذي وجهه القاضي الى * ما كان كالتحليف منه بدلا)
(ولا الذي بين يديه قد شهد * ولا اللفيف في القسامة اعتمد)
(ولا الكثير فيهم العدول * والخلف في جميعها منقول)

الابيات الاربعة (فالاولى) الشاهد على المحكوم عليه بالاعذار من القاضي بابقيت لك حجة فقال لا حجة عندي ثم اتى بحجة تقبل لو لم يعذر اليه وانكر الاعذار فاستظهر المحكوم له بشهادة شاهدي الاعذار فاراد المحكوم عليه الاعذار فيهما بالتجريح فانه لا يمكن من ذلك لانه لو مكن منه لادى الى التسلسل وقيل يمكن من ذلك لان التسلسل ينقطع بالمبرزين (والثانية) من وجهه القاضي بالنيابة عنه لتحليف او حيازة ونحوهما (والثالثة) شهود مجلس القاضي بما اقر به الخصم بين يديه لاكن هذا انما يتمشى على قول سحنون اما على قول مالك وابن القاسم المشهور المعمول به كما تقدم فلا يتمشى ويمكن من الاعذار فيهم قال التسولي وهو الواجب في هذا الزمان (قلت) كلامه حسن لاكن ينبغي التفصيل وهو ان شهود مجلس قاضي قاعدة المملكة المعبر عنه بقاضي الجماعة لا يمكن من الاعذار فيهم لانه يؤدي

الى الطعن فيه وهو امر لا ينبغي لانه محمول على العدالة التامة وان شهود مجلس قضاة القرى والبوادي يمكن من الاعذار فيهم لجهلهم وقلة دياناتهم غالبا كما في المعيار فبالريال الدورو يدورون وباصحاب الشوكة يتقدمون او يتاخرون فلا حول ولا قوة الا بالله العلي العظيم انا لله وان اليه راجعون (والرابعة) شهادة اللفيف وهو عبارة عن جماعة اثني عشر رجلا فاكثر غير عدول شهدوا ان فلانا قتل فلانا فهاته الشهادة لوث على ما قيل تجب معها القسامة وان الخصم لا يمكن من التجريح فيهم بكل قادح مما يجرح به العدل من مطل وحاف بحرام ونحو ذلك مما ياتي في محله لانه مدخول فيهم على عدم العدالة لكن لا بد فيهم من ستر الحال فلا يقبل تارك الصلاة ولا المجاهر بالكبآئر من اظهار سكر وكثرة كذب ولا متهم بقرابة او عداوة وفي باب الدماء المشهور في هذا الفرع انه ليس بلوث وعليه فشهادتهم كالعدم (والخامسة) الجماعة الكثيرة المشتملة على عدول وغيرهم يشهدون على شخص فانه لا يمكن من الاعذار فيهم اذا طلبه وقيل يمكن المشهود عليه من الاعذار في جميع ما تقدم واليه اشار الناظم بقوله والخلف في جميعها منقول فما اصعب موقف القضاة والحكام وفقنا الله واياهم لما فيه المصلحة للانام . وقوله اعتمد الجملة من الفعل ونائب الفاعل المقدر حال من اللفيف اي حالة كونه اعتمد عليه في القسامة والله تعالى اعلم

فصل في خطاب القضاة وما يتعلق به

الخطاب في اللغة هو الكلام بين متكلم وسامع ومنه اشتقاق الخطبة بضم الخاء وهو ما يقوله الواعظ للقوم فتكون من باب فعلة بمعنى مفعولة نحو نسخة بمعنى منسوخة فهو خطيب والاسم الخطبة بكسرها اذا خطب المرأة ليتزوجها فهو خاطب وفي الاصطلاح هو ان يكتب قاضي بلد الى قاضي بلد آخر بما ثبت عنده من حق لانسان في بلد الكاتب على آخر في بلد القاضي المكتوب اليه ليحكم عليه هناك عملا بقوله والحكم في المشهور حيث المدعى عليه وهذا التعريف يشمل الانهاء بالكتابة ويشمل

الخطاب على الرسوم الذي هو المراد هنا ، ولا يقال هذا التعريف الذي ذكره الشارح غير جامع لانه لايشمل الانهاء بالمشافهة مع انه خطاب لانا نقول حيث لم يتعرض له الناظم داخل الفصل اقتصر على تعريفه بما ذكر وهو يشمل الانهاء بالكتابة والخطاب على الرسوم الذي اقتصر عليه الناظم ، وقوله وما يتعلق به اي من بيان كيفية الخطاب وما يقع في الرسوم من المحو ونحوه وحكم التسجيل والتعجيز وانه ذكرها على هذا الترتيب فقال

(ثم الخطاب للرسوم ان طلب * حتم على القاضي وإلّا لم يجب)

يعني ان الانسان اذا كان له حق بشهادة عدول بلده على اخر في غير عمل قاضي بلده كما اذا كان احدهما بتونس والاخر بالجزائر واراد صاحب الحق السفر الى بلد من له عليه الحق ليخاصمه هناك حيث ان المحاكمة لا تكون إلّا في بلد المدعى عليه لا في بلد المدعي كما تقدم وخاف الطالب اذا قام على المطلوب لدى قاضي بلده ينكر دعواه فاذا استظهر برسمه يطلبه القاضي المترافع لديه باثباته لما تقرر ان القاضي لا يحكم إلّا على معروف لمعروف في معروف بشهادة معروف قال ابو الحسن علي الزقاق ، شهادة معروف لمعروف ان جرت * على مثله والشيء معروف اقبلا ، وإلّا فلا قال القاضي ابو عبد الله الفشتالي في وثائقه لا يجوز للقاضي ان يحكم إلّا على معروف لمعروف في معروف بشهادة معروف اما الحاجة الى معرفة المحكوم عليه فقد ياتي من يتسمى باسم غائب وتجري عليه الاحكام وهو لم يحضر ولم يقع عليه حكم وكذلك الحكم في المحكوم له واما الحاجة الى معرفة المحكوم فيه فالوقوف على عينه يكفي في ذلك اما بالشهادة عند القاضي او بالحيازة ان كان ربعا واما الحاجة الى معرفة الشاهد فلاجل التعديل والتجريح لان العدالة لا تكون إلّا بمعرفة الشاهد اما ان يعرفه القاضي بالعدالة او بالجرحة فيكفيه ذلك واما ان يعرفه بالعين والاسم ولا يعرفه بعدالة ولا جرحة فيعدل عنده واما من لا يعرفه البتة فيعرف باسمه وعدالته وحليته على عينه انتهى فقوله لا يحكم إلّا على معروف الخ ولو بواسطة الشاهد وهو اكثر ما يكون عند

القضاة فاذا طلب صاحب الرسم من قاضي بلده الخطاب بان يكتب الى قاضي بلد خصمه بما ثبت عنده من صحة ما شهد به شهود بلده في ذلك الرسم لعدالتهم وجب عليه ذلك وان لم يطلبه فلا يجب عليه ، واللام في قوله للرسوم يجوز ان تكون بمعنى على او بمعنى في ثم شرع في بيان كيفية الخطاب فقـــال

(والعمل اليوم على قبول مـا * خاطبه قاض بمثـل اعلمـا)
(وليس يغني كتب قاض كاكتفى * عن الخطاب والمزيد قد كفى)
(وانمـا الخطاب مثل اعلمـا * اذ معلما به اقتضى ومعلمـا)

يعنى ان العمل في زمن الناظم جرى على قبول خطاب القضاة بعضهم لبعض بقوله أعلم بصحة الرسم المقيد فوق هـذا او محوله على ما يجب الشيخ ابا فلان فـلان بن فلان القاضي ببلد كذا ادام الله رعايته فقير ربه فلان بن فلان القاضي ببلد كذا والسلام عليكم ثم يؤرخ وانما قدموا في التخاطب مفعول اعلم بصيغة الماضي الذي هو اسم المكتوب اليه على الفاعل الذي هو اسم الكاتب تعظيما وتادبا وله ان لا يسمي قاضيا بعينه فيكتب اثر الرسم الحمد لله اديـــا فقبلا وأعلم به فلان بن فلان القاضي بكذا او اديا فثبت وأعلم به او اعلم بصحته او باستقلاله فلان بن فلان القاضي بكذا وذلك بعد ان حضر عنده شاهدا الوثيقة واخبراه باللفظ بان هذه شهادتهما وإلّا فلا يجوز له ذلك في غيبتهما وضمير اديا يعود على شاهدي الوثيقـة ، وحيث لم يعين قاضيا بعينه فيعمل به جميعهم بخلاف ما اذا عين قاضيا بعينه قـــال الامام ابن عرفة الذي استقر عليه عمل القضاة بافريقية عدم تسمية القاضي المكتوب اليه ، وقال الشيخ احمد بن سلامة في حاشيته على التاودي الذي عليه عملنا بتونس ان كل رسم يصدر من القضاة لا يتم إلّا اذا كان مختوما بالطابع ووجد فيه خط القضاة ام لا ثم انه اذا وصل الخطاب الى القاضي المكتوب اليه او من ولي بعده صرف نظره فيما ثبت عند القاضي الكاتب فان كتب ثبوت شهادتهم فقط لم يامر باعادة شهادتهم ونظر في

تعديلهم وان كتب بتعديلهم او بقبوله اياهم اعذر للمشهود عليه فيهم وان كتب انه اعذر اليه فيهم فعجز عن المدفع امضى الحكم عليه ، وقوله وليس يغني البيت يعني ان القاضي اذا كتب تحت الرسم اكتفى او استقل او صح او ثبت ونحوها اشارة الى حصول نصاب الشهادة او صحتها فيكتفى بالرسم عن زيادة الشهود مثلا ليكون تذكرة له بعد واخبارا للمشهود له بانه يكفيه عن الزيادة او غيرها فليست تلك الالفاظ تغنيه عن الخطاب بأعلم وانما تغنيه عن الزيادة في الرسم فقط إلّا اذا زاد بعد اكتفى ونحوه اعلم به او اعلم باستقلاله وإلّا فلا يجوز لقاض آخر ان يمضيه اعتمادا على اكتفى ونحوه لانه لم يخاطبه ، وقوله وانما الخطاب مثل اعلما البيت كرره مع البيت الاول ليفيد ان الخطاب في زمنه محصور في اعلم المقتضى معلما به بفتح اللام وهو الرسم وعليه يعود ضمير به ومعلما بفتح اللام ايضا وهو القاضي المكتوب اليه ويجوز الكسر فيكون هو القاضي الكاتب وعلى كل حال فاعلم يستلزم معلما بكسر اللام وهو الكاتب ومعلما بفتحها وهو المكتوب اليه ومعلما به وهو الرسم الذي وقع فيه الأعلام فاذا جرى عرف بين القضاة في الخطاب بلفظ آخر كاخبر او بالعلامة كما تقدم وجب العمل به والى هذا اشار الناظم بقوله مثل اعلما والفه للاطلاق لا بخصوص لفظ اعلم فاذا ثبت خطاب القاضي بما وقع عليه الاصطلاح اما بمعرفة خطه او بمعرفة علامته وختمه او التعريف به ولو بعدل واحد كتب عليه اعملته (فائدة) وفي حاشية الشيخ الشريف العمراني ان ما يكتبه القضاة اسفل الرسم من قولهم اعلم بصحته هل هو حكم او يجري فيه ما جرى في الثبوت من الفرق بينه وبين الحكم وهو الظاهر خلاف انتهى قال القرافي اختلف في الحكم والثبوت هل هما بمعنى واحد او الثبوت غير الحكم لانه يوجد في العبادات والمواطن التي لا حكم فيها اجماعا فيثبت الهلال وتثبت طهارة الماء ويثبت عند الحاكم التحريم بين الزوجين بالرضاع والتحليل بسبب العقد ومع ذلك لا يكون شيء من ذلك حكما وانه يجب تقديمه على الحكم ومن قال الحكم هو الثبوت لم يتحقق له معنى ما هو الحكم (قال)

ابن الشاط ما قاله صحيح وقد يطلق على الثبوت حكم فالامر في ذلك لفظي والله اعلم قوله

(وان يمت مخاطب او عزلا * رد خطابه سوى ما سجلا)
(واعتمد القبول بعض من مضى * ومعلم يخلفه والي القضا)
(والحكم العدل على قضائه * خطابه لا بد من امضائه)

يعني اذا خاطب قاض قاضيا آخر ومات احدهما او عزل فان مات القاضي الكاتب او عزل من خطة القضآء فاما ان يسجل خطابه باشهاد عدلين على نفسه بصحة الرسم عنده وثبوته لديه وان الخطاب الواقع فيه هو له فهذا الخطاب يعمل به اتفاقا مات او عزل واما ان لا يسجله بالاشهاد عليه فهذا الخطاب قد اختلف في رده وقبوله على قولين والذي عليه العمل منهما القول بالقبول فان مات القاضي المكتوب اليه او عزل عن خطة القضآء قبل ان يصل الكتاب اليه فان من ولي القضآء بعده يخلفه اذا وصل الكتاب اليه وان كان انما كتب لغيره فانه ينفذه فان لم يمت القاضي الكاتب ولم يعزل بان كان حيا مستمرا على قضائه فاما ان يكون من اهل العدل او لا فان كان من اهل العدل فالواجب على من وصله كتابه من القضاة ان ينفذ خطابه ويمضيه سجله او لا وان كان معروفا بالجور والظلم فالواجب ترك خطابه لانه ليس من اهل العدالة ، وقوله مخاطِب بكسر الطآء اسم فاعل ومعلَم بفتح اللام اسم مفعول وسجلا يجوز بناؤه للنائب بضم اوله او للفاعل بفتحه والفه للاطلاق (وصفة) العمل في التسجيل هو ما قاله القاضي ابن عرضون في وثائقه اذا ثبت عند القاضي رسم من الرسوم وكتب تحته اكتفى او ثبت او استقل كتب الشاهد اسفل الرسم اشهد قاضي كذا وهو اعزه الله تعلى وحرسها باكتفاء الرسم او ثبوته فوقه الثبوت التام او باستقلال الرسم عنده الاستقلال التام وهو بحيث يجب له ذلك من حيث ذكر وشهد على اشهاده بذلك بتاريخ كذا انتهى (وصفته) عندنا بالقطر التونسي في رسوم

الاسترعاء بعد ان ينقل الشاهد الذي قدمه القاضي بالنيابة عنه لنقل الشهادة عن الشهود ويكتبها في رسم ويكتب اسماء الشهود اسفل التاريخ ويضع على كل اسم شاهد شهد به ليكون علامة على انه ادى شهادته وقبل ثم يكتب اسفل اسماء الشهود رسما آخر فيه تعديل شهود الرسم اعلاه ويذكر اسماء شهوده عقب التاريخ كذلك ثم يدفعه للقاضي ليطلع عليه فاذا ظهر له ثبوته ختمه ويكتب اسفل الرسم الثاني يسراه بقلمه يكتب العمل فقوله يكتب العمل اذن منه في التسجيل بالاشهاد عليه بثبوت الرسمين رسم الاصل ورسم التزكية وكثير من القضاة اليوم فضلا عن الموثقين لا يعرفون معنى يكتب العمل ثم يكتب الشاهد التسجيل اسفل الرسمين يمناه لتكون كتابته ممزوجة فيكتب العمل بعبارات اصطلاحية تعرف بالوقوف عليها في الرسوم ما صورته الحمد لله بلغ شهيديه من الشيخ القاضي المشار اليه اعلاه دام عزه وعلاه الاذن في العمل بالرسمين المقيدين اعلاه لتوفر موجبهما لديه رعاه الله تعلى واحسن اليه بواسطة عونه الامين فلان وشهد بذلك هنا بتاريخ كذا ويضع الشاهدان عقديهما ثم ترك الان هذا التسجيل بالاشهاد ولم يبق ما يدل على الثبوت إلّا الطابع وجملة يكتب العمل بقلمه فقط اما الرسوم الاصلية كرسوم النكاح والبيع والحبس والوكالات فان القاضي يضع طابعه امام الحمدلة ان احتيج الى ذلك ويكتب اسفل عقدي الرسم ثبتت عدالتهما وزيد على ذلك الان وختم في تاريخ كذا وكل من له طابع من الولات الشرعيين إلّا وله دفتر يضمن فيه الرسم الذي طبع عليه بامر من الامير وهو استنباط حسن جدا سدا لطريق الضرب على الخطوط والطوابع حيث كثر استعماله من طائفة مخذولة من المزورين لا يخافون الله تعلى وقد شاهدنا عذابهم بما يكون فيه موعظة وعبرة لمن اعتبر ولعذاب الاخرة ادهى وامر قوله

(وفي الاداء عند قاض حل في * غير محل حكمه الخلف اقتفي)

(ومنعه فيه الخطاب المرتضى * وسوغ التعريف بعض من مضى)

يعني انه اذا نزل قاض ببلد لا ولاية له على اهلها هل له ان يسمع في ذلك المحل النازل فيه اداء الشهادة بحق لانسان في ولايته على ءاخر غائب نازل في ولايته ايضا ثم يعمل على ما اخبره به قاضي البلد من عدالتهم فيكون خطابا بالمشافهة او ليس له ان يسمع شهادتهم لانه لا ولاية له عليهم فكانه ليس بقاض اصلا ، وهل له اذا حل بغير محل ولايته كما ذكر ان يخاطب على الرسوم بما ثبت عنده بموضع ولايته حيث لم يخاطب عليها هناك وافتقر الى الخطاب عليها في محل ولاية الغير او ليس له ذلك وهو القول المرتضى وهل له ان يعرف قاضي موضع حلوله بما ثبت عنده من الرسوم بالمشافهة وبه عمل بعض المتقدمين اولا وهو المشهور وبه العمل خلاف في المسائل الثلاثة ومعنى المسالتين الاخيرتين اللتين تضمنهما البيت الثاني واحد وهو الخطاب في غير محل ولايته وهو اما بالكتابة او بالمشافهة كما علمت ، وقوله ومنعه مبتدا والخطاب منصوب على نزع الخافض اي من الخطاب وفيه متعلق به والضمير المجرور عائد على غير محل حكمه والمرتضى خبر المبتدا قوله

(ويثبت القاضي على المحو وما * اشبهه الرسم على ما سلما)

يعني ان القاضي اذا طلب منه ان يثبت رسما ويصححه وكان به محو او بشر او حرق نار ونحو ذلك او طلب منه ان يخاطب عليه غيره من القضاة فانه يجب عليه ان يصححه او يخاطب على ما سلم منه ان كان السالم يستقل بنفسه بدون ارتياب فيه وإلّا سقط كله (وكيفية) العمل في ذلك بعد امعان النظر فيه ان يكتب الحمد لله اعلم بثبوت ما عدا المحو او البشر او الحرق الذي بين لفظة كذا وكذا في الرسم اعلاه فلان بن فلان قاضي كذا وكذلك الملصق الذي يراد جعله محول الرسم فانه لا يكون إلّا على نظر القاضي وإلّا فهو ريبة لا يجوز العمل به (وقوله) الرسم بالنصب على انه مفعول يثبت بضم الياء من اثبت والقاضي فاعل قوله

(وعند ما ينفذ حكم وطلب * تسجيله فانه امر يجب)

(وما على القاضي جناح لا ولا * من حرج ان ابتـداء فعلا)

يعني ان القاضي اذا حكم على احد الخصمين وطلب منه كتبه في سجل باشهاد عدلين على حكمه واخذ نسخة منه فانه امر واجب عليه فعله شرعا اما وجوبه من جهة المحكوم له فليتمسك به خوفا من تجديد الخصومة واما من جهة المحكوم عليه فليسأل عنه العلماء صحة وفسادا وانه ليس على القاضي حرج ولا اثم ان فعل ذلك ابتداء بدون سؤال . ولا الاولى في كلام الناظم توكيد لما النافية ولا الثانية نافية عاملة عمل ليس ومن زائدة للتوكيد وحرج اسمها اي ولا حرج عليه ان فعل ذلك ابتداء وجواب الشرط محذوف لدلالة ما تقدم عليه ثم قـال

(وساغ مع سؤاله تسجيل ما * لم يقع النزاع فيه كلما)

يعني ان القاضي اذا سئل تسجيل رسم واحياؤه بدون وقوع كلام فيه ولا نزاع فانه يجوز له تسجيله والكتب عليه لمن طلبه منه وذلك مثل رسوم الاحباس والاملاك القديمة التي هلك شهودها فيقع التعريف بخطوطهم وعقودهم باذن القاضي ممن يرضى من الشهود الثقات العارفين بالخطوط والعقود ولا يضع طابعه على ذلك إلّا بعد المقابلة والتحري التام . وقوله وساغ الخ المراد بالجواز هنا ما قابل الممنوع لا ما استوى طرفاه فيشمل الواجب وهو المراد لان القاضي اذا سئل ذلك لا يجوز له الامتناع لما فيه من التسبب في ضياع الحقوق وهو ممنوع . وقوله سؤاله ضميره يعود على القاضي في محل نصب مضاف اليه من إضافة المصدر الى مفعوله (ومعنى) التسجيل هنا الشهادة عند القاضي بصحة الرسم المعبر عنه باحياء الرسوم للتحصين خوفا من ضياع الحق الذي فيه بطول الزمان حتى لا يوجد من يعرف ذلك الخط والعقد وهذا التسجيل ليس فيه حكم بخلاف الاول فانه اشهاد بالحكم كما مر . وقوله كلما بكسر اللام اي كلام قوله

(وسائل التعجيز ممن قد قضى * يمضي له في كل شيء بالقضا)

(إلّا ادعاء حبس او طـلاق * او نسب او دم او عتاق)

(ثم على ذا القول ليس يلتفت * لما يقـال بعد تعجيـز ثبت)

يعني ان المحكوم له طالبا كان او مطلوبا اذا طلب من القاضي الذي قضى له بالحق او بنفيه عنه ان يعجز له خصمه عند الحكم عليه فانه يجيبه لمطلبه ويمضي له تعجيزه بالقضآء في كل شيء بحيث لا تسمع للمحكوم عليه بينة ياتي بها ولا دعوى يقوم بها في تلك النازلة ولو كان له عذر كالجهل والنسيان على القول الذي به العمل إلّا في دعوى الحبس والطلاق والنسب ودم العمد والعتق فلا تعجيز فيها ويقع الحكم على من ادعى ذلك بعد الاعذار اليه ببقائه على حجته وحيث لا تعجيز في النسب لا تعجيز في الارث لانهما متلازمان كما في ابن مرزوق على المختصر ، وللقاضي ان يفعل ذلك ابتداء بدون سؤال من المحكوم له قطعا لمادة النزاع كما مر عند قوله وعند ما ينفذ حكم وطلب البيتين ويصح أن يراد بطاب التعجيز طلب كتبه مع الحكم لئـلا يدعي المحكوم عليه بعد ذلك عدمه فتتجدد الخصومة كما مر في التسجيل وعلى هـذا فليس التعجيز والحكم شيئا واحدا بل هما شيئان وبه قال بعضهم حيث قرر ان الامور التي تقع ثلاثة اولها الاعذار وهو سؤال الحاكم المحكوم عليه ابقيب لك حجة وفائدته استقصاء الحجج وثانيها الحكم وهو الزام الحق او ابطاله وفائدته قطع النزاع وثالثها التعجيز وفائدته عدم سماع ما ياتي به من البينات بعد الحكم وهو ظاهر كلام الناظم (قلت) لما كان المدار فيهما على قطع النزاع وعدم سماع الدعوى فهما شيء واحد ويعبر عنهما بالاسقاط وبه العمل (تنبيه) قال الشيخ الرهوني عند قول الشيخ خليل وقدمت بينة الملك ما نصه اذا ثبتت حجة الطـالب في مسائل الاستحقاق مثلا فيقـال للمطلوب اذ ذاك اثبت الملك لك او لمن ادعيت انه صار اليك منه فان لم يثبت شيئا قضى للطالب وان اثبته نظر في الحجتين فان رجحت بينة الطالب فذلك وان رجحت بينـة المطلوب قضي له وان تعذر الترجيح سقطتا وبقي بيد حائزه مع يمينه ووقعت الغفلة

من ابن رشد ومن الناقلين لكلامه والكمال لله انتهى والمراد بالامر الذي وقعت الغفلة عليه هو عدم تعرضهم لسؤال المطلوب عند الحكم عليه هل عنده معارض او لا وعليه فمن الواجب على القاضي ان ينبه الذي يريد الحكم عليه والاعذار اليه بابقيت لك حجة هل له ما يعارض به حجة خصمه او لا وسواء كان عالما او جاهلا كما تقدم عند قوله وخصم ان يعجز عن القاء الحجج * لموجب لقنها ولا حرج . وترك ذلك اما غفلة او جهل فاحش وكأن من لم ينبه على ذلك لا يعرف من مقدمات الحكم إلّا أبقيت لك حجة ان قالها فلهذا يسرع المغرور في الحكم ولا يترك الخصم المسكين يتكلم بدون تثبت ولا تبصر لعاقبة امره وهو ان يكون بسبب ذلك حطبا لجهنم (وصفة العمل في ذلك) مع زيادة فائدة وبيان لكلام الناظم (قال ابن سلمون) فاذا أعذر القاضى الى الخصم فادعى مدفعا اجله والآجال موكولة لاجتهاد الحاكم وجرى العمل بانها في الاصول خمسة عشر يوما ثم ثمانية ثم اربعة ثم ثلاثة وهي ايام التلوم ويكتب في ذلك (عقد) اعذر الى فلان فيما ثبت في رسم الاسترعاء بكذا فقال ان له في ذلك مقالا ومدفعا وتاجل عن اذن القاضي فلان في حله والتماس منافعه فيه اجلا من خمسة عشر يوما اولها غد التاريخ واشهد بذلك في كذا ثم تكتب الاجل الثاني والثالث فاذا انصرمت فتكتب التلوم (ونصه) وتاجل فلان فيما تاجل فيه قبل اجلا من ثلاثة ايام اولها غد التاريخ تلوما بعد الاجال الثلاثة المتقدمة عليه واشهد بذلك في كذا فاذا انقضى التلوم عجزه القاضي وحكم بقطع حجته اي التي تاجل لها اما حجة المعارضة فلا تنقطع إلّا بعد السؤال عنها كما تقدم (ثم) قال ويعجز القاضي كل واحد من الخصمين ويشهد بذلك ويقطع حجته وسواء كان طالبا او مطلوبا ثم لا ينظر له هو ولا سواه ان قام بشيء في قضيته تلك إلّا في العتق والطلاق والنسب فلا عجز في ذلك وينظر لكل من قام في ذلك بشيء متى جاء به من طالب او مطلوب قاله ابن القاسم وابن وهب واشهب قال بعضهم وكان ابن الماجشون وسحنون لا يريان تعجيز احد الخصمين في شيء من الاشياء ، وقال اصبغ اما الطالب فلا ينبغي تعجيزه ومتى

ثبت حقه قضي له به لانها دعوى متى ظهرت انفذت قال ابن حبيب وهو احسن واما
المطلوب فانه يعجزه ولا يسمع منه بعد ذلك حجة والحبس وطريق العامة لا تعجيز في
ذلك وقيل في الدماء كذلك وفي كتاب الجدار سئل عيسى عن الخصمين يشترط احدهما
للاخر ان لم يوافقه عند القاضي لاجل معلوم فدعواه باطلة ان كان مدعيا او دعوى
صاحبه حق ان كان يدعي عليه فتخلف فقال لا يوجب هذا الشرط حقا لم يجب
ولا يسقط حقا قد وجب انتهى ، وفي ابن عرضون فاذا انقضت الاجال وعجز عما
تاجل فيه عجزه الحاكم ورفع يده وحكم بالمدعى فيه للقائم (وتكتب) في ذلك لما
انصرمت الاجال المذكورة على فلان المذكور فوقه ولم يات في اثناء الاجل فيما تاجل
فيه بشيء يوجب له حكما وثبت ذلك كله لدى من يجب بواجب الثبوت واعذر فيه
للمقوم عليه المذكور فلم يكن عنده فيما اعذر اليه فيه مدفع ولا مقال وانهى ذلك الى
القاضي بكذا وهو فلان اعزه الله تعلى وحرسها وسأل منه القائم المذكور النظر له في
ذلك بواجب الحق اقتضى نظره الموفق السديد أن عجز فلانا المذكور لعجزه وحكم
لفلان بجميع الشيء المستحق المذكور ورفع يد فلان عنه الرفع الكلي حكما انفذه
وامضاه واوجب العمل بمقتضاه شهد على اشهاده بذلك الخ (نص حكم) على من
ادعى حبسية في ربع او عقار ولم يثبت ما ادعاه على ما جرى به العمل في هذا
الزمان من انشاء شاهد القاضي بالحاضرة التونسية شملنا الله واياه بالطافه الخفية
(الحمد لله) بعد ان قام فلان بانه يستحق بالحبسية من جده فلان المضمنة وفاته اعلاه
جميع العقار المذكور اعلاه بحدوده المذكورة اعلاه وان فلانا استولى عليه تعديا بلا
وجه شرعي وقيد عليه الدعوى المرقومة اعلاه واجابه فلان المدعى عليه المذكور
بالجواب اعلاه الذي حاصله ان العقار المحدود المذكور ملكه وفي حوزه وتصرفه ولا
اصل لما يدعيه وترافعا بموجب ذلك لدى الهمام العلامة الشيخ القاضي المالكي
بحاضرة كذا رعاه الله تعلى وحرسها فتامل من الدعوى والجواب وطلب المدعي اثبات
دعواه المذكورة واجله على ذلك بالاجل المرقوم اعلاه ومضى الاجل المذكور بمدة

تلوماته ولم يات المتاجل المذكور بما تاجل له واعيد الترافع بين الخصمين المذكورين لدى الشيخ القاضي المشار اليه وطلب منه المجيب المذكور القضاء على المتأجل المذكور بما يراه النظر الشرعي حيث مضى الاجل المضروب له ولم يات بشيء فتامل رعاه الله من الاجل المذكور فالفاه انصرم بمدة تلوماته وسال المتاجل المذكور الحجة التي تاجل لها فلم يدل لديه بشيء من ذلك فاجرى النازلة على القواعد الشرعية والنصوص الفقهية فكان الذي ظهر له رعاه الله الاسقاط على المتاجل المذكور وسقوط دعواه الان حيث مضى الاجل المضروب له على اثبات دعواه ولم يات بما تاجل له ولما ظهر له ذلك وتبين له امر ما هنالك اشهد العلامة النحرير الهمام العمدة المحقق القدوة الامام الشيخ فلان القاضي بحاضرة كذا رعاه الله تعلى انه حكم بالاسقاط على فلان المتاجل المذكور وسقوط دعواه الان لما قرر حكما تاما نفذه وامضاه والزم العمل بموجبه ومقتضاه فلا سبيل لحله بعد ابرامه ولا لنقضه بعد احكامه صدر منه اعزه الله وهو بمجلس حكمه وفصل قضائه بالمحكمة الشرعية على عين الخصمين المذكورين بعد الاعذار للمحكوم عليه بابقيت لك حجة واعترافه لديه ثم لدى شهيديه بان لا حجة له تدفع عنه الحكم المذكور بلغ الحكم المذكور عنه عونه الامين فلان ويتضمنه ختمه اعلاه وحضر الخصمان المذكوران واشهدا انهما دخلا تحت الحكم المذكور واذعنا له وشهد على كل بما نسب اليه فالشيخ القاضي باكمل حال ومن عداه بحال جواز ومعرفة بتاريخ كذا الخ وحيث لا تعجيز فيه على الاطلاق كبقية المسائل المستثنيات فالمحكوم عليه القيام بعد اذا وجد بينة تشهد له بصدق دعواه وقس على هذا ما اشبهه ، وقول الناظم ثم على ذا القول ليس يلتفت البيت فيه اشارة الى الخلاف الذي ذكره ابن سلمون ولما فرغ من الكلام على صفات القاضي ومسائل القضاء شرع يتكلم على صفات الشاهد وانواع الشهادات فقال

باب الشهود وانواع الشهادات

وما يتعلق بذلك

اي هذا باب في بيان من يقبل من الشهود ومن لا يقبل منهم وبيان ما يقبل من انواع الشهادات الخمسة وما لا يقبل وبيان ما يتعلق بذلك من تعارض البينات وعقلة المدعى فيه وكيفية العقلة ، والشهود جمع شاهد من الشهادة ، وهي في اللغة الاخبار بما قد شوهد قاله في المصباح ، وقال ابن العربي وغيره وردت الشهادة بانواع مختلفه (منها) قول الله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم قيل معناه احضروا ، ومنها قوله تعالى شهد الله انه لا اله إلّا هو اي قضى ، ومنها شهد بمعنى اقر كقوله والملائكة يشهدون وقوله تعالى والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الآ انفسهم وقول الشاعر

ومليحة شهدت لها ضراتها * والفضل ما شهدت به الاعداء

ومنها شهد بمعنى حكم قال الله تعالى وشهد شاهد من اهلها ان كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين وان كان قميصه قد من دبر فكذبت وهو من الصادقين الاية وفي هاته الاية الشريفة دليل جواز الحكم بالعرف والعادة وقرائن الاحوال وهو الشاهد العرفي الاتي ذكره عند قول الناظم ، وها هنا عن شاهد قد يغني ، ارخاء ستر واحتياز رهن ، البيت ، ومنها شهد بمعنى حلف كما جاء في اللعان ، ومنها شهد بمعنى علم كما قال الله تعلى ولا تكتم شهادة الله اي علم الله ، ومنها شهد بمعنى حضر للتحمل كقوله تعلى يايها الذين ءامنوا شهادة بينكم وقيل معناه وصى ، وفي الشرع قال ابن فرحون اخبار يتعلق بمعين وبقيد التعيين تفارق الرواية انتهى ، وقال الامام ابن عرفة الشهادة قول هو بحيث يوجب على الحاكم سماعه الحكم بمقتضاه ان عدل قائله مع تعدده او حلف طالبه (فقول) الشيخ رحمه الله تعلى

قول جنس اعم من الكلام والكلمة والكام والخبر اخص منه لانه اخص من الكلام الذي هو اعم من الخبر . وقوله هو بحيث جملة اسمية صفة لقول وانما عبر بذلك واتى بالحيثية ليدخل فيه الشهادة قبل الاداء والشهادة غير التامة . وقوله يوجب على الحاكم يخرج به الرواية والخبر القسيم للشهادة ولم يقل القاضي لان الحاكم اعم من القاضي لوجوده في المحكم والامير وشبه ذلك . وقوله ان عدل قائله شرط في ايجاب الحكم والجملة حال اخرج به مجهول الحال . وقوله مع تعدده اخرج به اخبار القاضي بما ثبت عنده قاضيا ءاخر فانه يوجب عليه الحكم بمقتضاه لا كن لا يشترط فيه تعدد او حلف فلو زاد او ما يقوم مقامه اي مقام القول لشمل التعريف الشهادة بالخط وشهادة الايماء كالاخرس ونحوهما كذا في الرصاع (والاصل) في مشروعيتها الكتاب قال الله تعلى وكذلك جعلناكم امة وسطا لتكونوا شهدآء على الناس ويكون الرسول عليكم شهيدا . وقال تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم . وقال تعلى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان ممن ترضون . وقال تعلى يايها الذين ءامنوا شهادة بينكم اذا حضر احدكم الموت حين الوصية الايه . والسنة قال عليه الصلاة والسلام شاهداك او يمينه وقال انتم شهدآء الله في ارضه فمن اثنيتم عليه خيرا وجبت له الجنة ومن اثنيتم عليه شرا وجبت له النار وقال لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين ولا جار لنفسه الى غير ذلك من الايات والاحاديث (وحكمة) مشروعيتها لطف الله سبحانه وتعلى بعباده لصيانة الحقوق من انساب واديان واعراض واموال وابدان فهي من الضروريات الحاجية كالامامة الكبرى وما يتفرع عنها من القضاء ونحوه والشهادة منصبها عظيم وخطرها جسيم خصوصا في هذا الزمان فان كثيرا ممن يتعاطاها لايتحاشى عن الامر الذميم الذي يكون سببا في عذابه الاليم (وحكمها) له حالتان حالة تحمل وحالة ادآء فاما التحمل وهو ان يدعى الشاهد ليشهد ويستحفظ الشهادة كالمنتصبين لها فانها فرض كفاية يحمله بعض الناس عن

بعض اذا وجد وإلّا تعين ، واما الاداء وهو ان يدعى ليشهد بما في علمه فان ذلك واجب لقول الله تعلى ولا تكتموا الشهادة ، وقوله تعلى واقيموا الشهادة لله ، ولا يابى الشهدآء اذا ما دعوا ، ويتوقف اداؤها على الاستدعآء اذا كان المشهود به حقا لغير الله على خلاف فيه اما اذا كان حقا لله تعلى فانه يجب عليه ان يبادر بادائها عند الحاكم بدون استدعآء اتفاقا اذا كان مما يستدام تحريمه كحبس وطلاق ورضاع والعفو عن القصاص بقدر الامكان فان امكنه الادآء ولم يبادر فسق وسقطت شهادته ، ولكل واحد من شاهدي الادآء والتحمل شروط بحيث لا تقبل شهادته إلّا بها (فشاهد) الاداء يشترط فيه ان يكون بالغا عاقلا حرا مسلما عدلا متيقضا بحيث لا تتمشى عليه الحيل واليها أشار الناظم بقوله

(وشاهد صفته المرعية * عدالة تيقض حرية)

اذ لا يخفى ان العدالة تستلزم الاسلام والعقل والبلوغ استلزاما اصطلاحيا (فالعدالة) عرفها ابن الحاجب بقوله صفة مظنة لمنع موصوفها البدعة وما يشينه عرفا ومعصية غير قليل الصغآئر فقوله صفة مظنة اي صفة ذات مظنة ، وقوله لمنع موصوفها متعلق بالمظنة ومنع مضاف وموصوفها مضاف اليه ، والبدعة معلومة شرعا وهو الامر المحدث منصوب على انه مفعول بالمصدر الذي هو المنع ، وقوله عرفا منصوب على اسقاط الخافض اي في العرف اشار به الى السلامة من ترك المروءة كالاكل في السوق الى غير ذلك اخرج به ما لا يشينه في عرفه والعرف في ذلك يختلف بحسب البقاع والمكان والحال والزمان ، وقوله ومعصية بالنصب عطف على البدعة والمعصية تشمل الكبائر والصغائر ، وقوله غير قليل الصغائر بالنصب على الاستثنآء والمستثنى منه معصية اخرج به القليل من الصغائر فانه غير ضار في العدالة إلّا اذا كانت صغيرة خسة فانها تضر كالكبيرة كما ياتي بسطه في البيت بعد هذا (اما) اشتراط تيقض الشاهد فان من لم يكن متيقضا فطنا فلا يخلو حاله اما ان يكون بليدا

او غبيا فان كان بليدا ابلـه وهو الذي ليس له فكر يحركه فهذا لا تقبل شهادته في كل شيء البتة وان كان غبيا او غلبت عليه الخيرية والامانة وهو من له فكـر لا كـن لا يحركه وان حركه يتفطن فهذا لا تقبل شهادته في الامور التي تتاتى فيها الحيل كالاقرارات واما ما لا تتاتى فيه الحيل كـقوله رايت هذا يقطع يد هذا فانها تقبل وفي قبول شهادة المولى عليه الفطن وعدم قبولها وبه العمل قولان ، واما اشتراط العدالة فلان الفاسق بجارحة او اعتقاد لما كان عاصيا بمخالفة فروع الايمان فلا تقبل شهادته لانه لا يتوقى الكـذب ، وقد قال الله تعلى واشهدوا ذوي عدل منكم وقال ممـن ترضون من الشهداء وقال لتكونوا شهداء على الناس ويكون الرسول عليكم شهيدا فانبانا ربنـا تعلى بما انعم به علينا من تفضيله لنا باسم العدالة وتولية خطة الشهادة على جميع الخليقة فجعلنا اولا مكانا وان كنا ءاخرا زمانا كـما قال النبيء صلى الله عليه وسلم نحن الاخرون السابقون فهذا دليل على انه لا يشهد إلّا العدول ولا ينفـذ على الغير قول الغير إلّا ان يكـون عدلا قاله ابن العربي ، واما اشتراط الاسلام فلقوله تعلى شهيدين من رجالكم وممن ترضون من الشهداء والكافر ليس فيه شيء من هذه الصفات ومن العلماء من اجاز شهادته في الوصية في السفر لقوله تعلى او ءاخران من غيركـم ، وفي اثار المدونة مما اسنده ابن وهب عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جـده لا تجوز شهادة اهل الملل بعضهم على بعض وتجوز شهادة المسلمين عليهم انتهى ، وامـا اشتراط الحرية على المذهب فلقوله سبحانه وتعـلى ولا يابى الشهـداء اذا ما دعوا (قال) ابو بكر بن العربي رحمه الله تعلى قال علماؤنا هذا دليل على ان الشاهد هو الذي يمشي الى الحاكم وهذا امر انبنى عليه الشرع فعمل به في كل زمن وفهمته كل امة ومن امثال العرب في بيته يؤتى الحكم وعلى خروج العبد من جملة الشهداء لانه لا يمكنه ان يجيب ولا يصح له ان يابى لانه لا استقلال له في نفسه وانما يتصرف باذن غيره فانحط عن منصب الشهادة كما انحط عن منصب الولاية وعن فرض الجمعة انتـــــــهى (قلت) انما ينهض هذا لو جعل دليلا على سقوط وجوب

المشي لا على قبولها بدليل انه لو صلى ظهره جمعة مع الجماعة لصحت صلاته تامل وقيل في تعليل عدم قبول شهادته غير هذا وكله ليس بظاهر ولهذا اجازها بعض العلماء ، واما اشتراط العقل فلان عدمه يؤدي الى عدم الضبط وينافي التكليف ، واما اشتراط البلوغ فلان الشاهد مكلف بالاداء ولا تكليف مع الصبى ولان الصبي لعلمه رفع القلم عنه لا يتوقى الكذب فلا تجوز شهادته ولا اختلاف إلّا ما اختلف في ذلك من قبوله في الدماء (وشاهد) التحمل يشترط فيه ان يكون مميزا متيقظا صغيرا كان او كبيرا حرا كان او عبدا مسلما كان او كافرا عدلا كان او فاسقا فمن تحمل اي شهادة كانت وان خطا او عقد نكاح لان الاشهاد ليس بركن منه ولا بشرط في صحته كما في الرهوني وغيره وهو زمن التحمل مميز فطن غير انه صغير او عبد او كافر او فاسق ثم ادى شهادته بعد زوال المانع فان بلغ او عتق او اسلم او حسنت حالته وصار عدلا فانها تقبل لان المعتبر عند العلماء زمن الاداء لا زمن التحمل كما ياتي في كلام الناظم إلّا العقل فانه شرط زمن الاداء وزمن التحمل تنبيهات (الاول) ومن المجموعة روى ابن وهب عن مالك في الذي يخنق ان كان يفيق افاقة يعقلها جازت شهادته وبيعه وابتياعه وطلاقه في افاقته فاما الذي لا يكاد يفيق فلا يجوز له شيء من ذلك (الثاني) هل يشترط في الشاهد عدم الحجر عليه وهو المختار وبه العمل اولا يشترط فيه ذلك وقد تقدم ذكره ولعل الناظم ذهب اليه حيث لم يذكره مع الشروط خلاف (الثالث) تجوز شهادة الاعمى في الاقوال دون الافعال كما يجوز للشاهد البصير ان يشهد على المراة من وراء حجاب قد عرفها وعرف صوتها واثبتها ، وتجوز شهادة الاصم في الافعال دون الاقوال ومثله الاخرس اذا فهمت اشارته (الرابع) كتب الشهادة هل هو فرض على الكاتب او لا خلاف قال ابو بكر بن العربي رحمه الله تعلى عند قول الله عز وجل يايها الذين ءامنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه الاية يريد يكون صكا ليستذكر به عند اجله لما يتوقع من الغفلة في المدة التي بين المعاملة وبين حلول الاجل

والنسيان موكل بالانسان والشيطان ربما حمل على الانكار والعوارض من موت وغيره تطرأ فشرع الكتاب والاشهاد وكان ذلك في الزمن الاول ، وقوله فاكتبوه اشارة ظاهرة الى انه يكتبه بجميع صفاته المبينة له المعربة عنه المعرفة للحاكم فيما يحكم عند ارتفاعهما اليه ، وقوله تعلى ولا يابى كاتب ان يكتب كما علمه الله (فيه) اربعة اقوال الاول انه فرض على الكفاية كالجهاد والصلاة على الجنائز قاله الشعبي (الثاني) انه فرض على الكاتب في حال فراغه قاله بعض اهل الكوفة (الثالث) انه ندب قاله مجاهد وعطآء (الرابع) انه منسوخ قاله الضحاك ، والصحيح انه امر ارشاد فلا يكتب حتى ياخذ حقه ، وقوله تعلى وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئا قال علماؤنا انما املى الذى عليه الحق لانه المقر به الملتزم له فلو قال الذي له الحق لي كذا وكذا لم ينفع حتى يقر الذي عليه الحق فلاجل ذلك كانت البداءة به لان القول قوله والى هاته النكتة وقعت الاشارة بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر ، وقوله تعلى فان كان الذي عليه الحق سفيها او ضعيفا فليملل وليه بالعدل اي ولي السفيه او الضعيف وهذا يدل على ان اقرار الوصي جائز على يتيمه لانه اذا املى فقد نفذ قوله فيما املاه اذا ثبت هذا فان تصرف السفيه المحجور دون ولي فان التصرف فاسد اجماعا مفسوخ ابدا لا يوجب حكما ولا يؤثر شيئا ، وان تصرف سفيه لا حجر عليه فاختلف علماؤنا فيه فابن القاسم يجوز فعله وعامة اصحابنا يسقطونه والذي اراه من ذلك انه ان تصرف بسداد نفذ وان تصرف بغير سداد بطل واما الضعيف اي الغبي الابله فربما بخس في البيع وخدع ولاكنه تحت النظر كائن (الخامس) الشاهد الذي ينتصب لكتب الوثائق بين الناس اخص من العدل اذ يشترط فيه شروط اخر قال الونشريسي في المنهج الفايق لا يجوز للولات ان ينصبوا لكتابة الوثائق إلّا العدول المرضيين قال مالك رضي الله عنه لا يكتب الوثائق بين الناس إلّا عارف بها عدل في نفسه مامون لقول الله تعلى وليكتب بينكم كاتب بالعدل وفي الغرناطية يعتبر في الموثق عشر خصال متى

عري عن واحد منها لم يجز ان يكتبها ، وهي ان يكون مسلما عاقلا متجنبا للمعاصي سميعا بصيرا متكلما يقضانا عالما بفقه الوثائق سالما من اللحن وان تصدر عنه بخط بين يقرا بسرعة وسهولة وبالفاظ بينة غير محتملة ولا مجهولة ، وزاد غيره ان يكون عالما بالترسيل لانها صناعة انشآء فقد يرد عليه ما لم يسبق بمثاله ، وان يكون عنده حظ من اللغة وعلم الفرائض والعدد ومعرفة النعوت واسماء الاعضآء ، وعن ابن مغيث يجب على مرسم الوثيقة ان يجتنب في ترسيمها الكذب والزور وما يؤدي الى ترسيم الباطل والفجور فان الناقد بصير يساله عند وقوفه بين يديه عن النقير والقطمير وقد تمالا كثير من الناس على التهاون بحدود الاسلام والتلاعب في طريق الحرام وسيعلم الذين ظلموا اي منقلب ينقلبون ، وقد قال ابن ابي زمنين رحمه الله تعلى

ايا ذا الوثائق لا تغترر ❁ بما في يديك من المرتقب
فانك مهما تكن عاقدا ❁ لزور تزخرفه او كذب
فان العظيم محيط به ❁ ويعلمه من ورآء الحجب
فكن حذرا من عقوبته ❁ ومن هول نار ترى تلتهب
ولا تنس اهوال يوم اللقا ❁ فكم فيه من روعة ترتقب

(ثم قال) الونشريسي اعلم ان علم الوثائق من اجل العلوم قدرا واعلاها اقامة وخطرا اذ بها تثبت الحقوق ويتميز بها الحر والرقيق ويتوثق بها ولذا سمي الكاتب الذي يعانيها وثاقا ، وفي صحيح مسلم وغيره ان علي بن ابي طالب رضي الله عنه كتب الصلح يوم الحديبية بين يدي النبي صلى الله عليه وسلم (ابن) فرحون هي صناعة جليلة شريفة وبضاعة عالية منيفة تحتوي على ضبط امور الناس على القوانين الشرعية وحفظ دماء المسلمين واموالهم والاطلاع على اسرارهم واحوالهم ومجالسة الملوك والاطلاع على امورهم وعيالهم وبغير هذه الصناعة لا ينال احد ذلك ولا يسلك هذه المسالك (ابن عبد السلام) بعد كلام له وبالجملة ان الخطط الشرعية في زماننا اسماء شريفة على مسميات

خسيسة وذلك لانهم الحقوها باخس الحرف ولم يتمسكوا من الطالب بادنى طرف وفي مثلهم قيل

ان الكساد قد استولى على الكتبه ۞ لاعقد في بيع فدان ولا عتبه
اخسس بحرفة قوم راس مالهم ۞ حبر تبدده في صفحة قصبه

(السادس) لا يجوز للشاهد ان يشهد إلّا بما يجوز في مذهبه كذا في الزرقاني عند قول المصنف وعوقبا والشهود (قلت) محله اذا لم ياذن له حاكم شرعي يرى في مذهبه جواز ذلك كبيع الكمشة المجهولة وإلّا جاز له ان يشهد ويضمن اذنه في الرسم وبه العمل (السابع) اختلف في جواز اخذ الاجرة على كتب الوثيقة والاصح الجواز وتقدمت الاشارة اليه في كلام ابن العربي عند الكلام على حكم الكتابة وعلى الجواز فتكون بما وقع الاتفاق عليه من قليل او كثير ، وفي وقتنا هذا جعل لكل كتب من الرسوم اجر معلوم لا يتعداه الشاهد عند التشاح بامر من الامير قطعا للنزاع ، وفي الاحكام للباجي واجرة كاتب الوثيقة على الدافع او على من هي المنفعة له ولو كانت لهما جميعا كانت عليهما وسياتي الكلام على ما اذا كانت الجماعة في وثيقة واحدة وسهامهم مختلفة عند قول الناظم

واجر من يقسم او يعدل ۞ على الرؤس وعليه العمل
كذلك الكاتب للوثيقه ۞ للقاسمين مقتفٍ طريقه

وقيل انها على قدر الانصباء كالشفعة وضارب الفريضة قال الباجي في وثائقه وبه العمل فهما قولان عمل بكل منهما والذي تميل اليه النفس قول الباجي قال التسولي وبه العمل اليوم ، واما اخذ الاجرة على تحمل الشهادة فقول الله تعلى كونوا قوامين بالقسط شهداء لله وقوله تعلى واقيموا الشهادة لله يقتضي عدم اخذ الاجرة على التحمل وقال في المناهج شهادتهم ساقطة لانهم لم يفعلوها لله بل الشاهد ساع لنفسه ومغتنم لفلسه ، واما اخذ الاجرة على الاداء فلا اشكال في التحريم قال الله تعلى ولا ياب الشهداء اذا ما دعوا ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه قال بعض الايمة

ولا يستحق الشاهد اجرا يعني على الاداء لانه من باب الاستئجار على الواجب عليه فيكون من اكل المال بالباطل وهو حرام اجماعا والعدل لا يرتكب المحرمات ولا ما يخل بالمروءة بل الواجب عليه ان يتجنب جميع ذلك واليه اشار الناظم بقوله

(والعدل من يجتنب الكبائر * ويتقي في الغالب الصغائر)

(وما ابيح وهو في العيان * يقدح في مروءة الانسان)

يعني ان الشاهد الذي يستحق ان يسمى عدلا وان تجوز شهادته شرعا هو من وجدت فيه القيود المتقدمة ويجتنب معها الذنوب الكبائر الاتي بيانها وصغائر الخسة كسرقة لقمة وكحبة اجتنابا دائما ويتقي في غالب احواله صغائر غير الخسة كالنظرة للاجنبية لعسر الاحتراز منها ويجتنب ما ابيح بالنظر الى الاصل في حكم الشرع من الاقوال والافعال التي صار ارتكابها واستعمالها بحسب العرف والعادة امرا مستقبحا يشين ذوي الهيئات ويسلب عنهم المروءة وكل ما يسلب المروءة وينافيها حرام باعتبار ما يعرض له من القدح فيه وبطلان شهادته لان من لا مروءة له لا يؤمن على ترك المعاصي وتقدمت الاشارة الى هذا قريبا وسياتي في شرح المروءة امثلة من ذلك سئل الشاطبي من اولياء الله فقال شهود القاضي لانهم لا يأتون كبيرة ولا يواظبون على صغيرة فان كانت الشهادة بهذه الصفة فلا شيء اجل منها وان كانت خطة فلا شيء اخس منها وكان يرى ان جنايات الشاهد في صحيفة من يقدمه لحديث من سن سنة حسنة اه احمد بابا (قال) ابو عبد الله بن المديني عرف قنون في حواشيه على الزرقاني العدل عند المحدثين من له ملكة تحمله على ملازمة التقوى والمروءة وان عبدا او امراة . واما من تقبل شهادته ففي الحطاب هو المجتنب للكبائر المتوقي لاكثر الصغائر اذا كان ذا مروءة وتمييز متيقظا متوسط الحال بين البغض والمحبة يريد لان الفرط في المحبة يقوي تهمة من شهد له كالاباء والازواج والفرط في البغض كالعدو والخصم يقوي تهمته في الشهادة عليه اه . والكبائر كالزنا وشرب الخمر وقتل النفس بغير حق

والسحر وشهادة الزور والغيبة والنميمة (ومعنى) المروءة هي المحافظة على فعل مباح يوجب تركه الذم عرفا كترك الانتعال وتغطية الرأس وعلى ترك مباح يوجب فعله الذم عرفا كالاكل في الشوارع عندنا او في السوق او في حانوت الطباخ لغير الغريب والحرف الرديئة لغير اهلها كالجزارة والدباغة هذا ان كان تلبسه بتلك الحرف اختيارا ولم يكن من اهلها وإلّا فلا تكون جرحة فيه قال بعض العلماء فلو مشي الانسان حافيا وبغير عمامة بالكلية مما هو مباح لاكن العادة خلافه فينظر في امره فان اراد بذلك كسر نفسه عن الكبر لم يكن ذلك جرحة في حقه وكذلك ان صنعها ليدخل بها السرور على الفقراء او يتصدق بما ياخذ في مقابلة تلك الصنعة فانها حسنة وان كان على جهة الاستهزاء بالناس وعدم الاكترات بهم فهو جرحة واما حمل الانسان متاعه من السوق فهو من السنة لقوله عليه الصلاة والسلام صاحب الشيء احق به ان يحمله وذلك حين اشترى السراويل واراد بعض الصحابة ان يحملها عنه واظنه السيد ابا بكر رضي الله عنه ، وليس المراد بالمروءة نظافة الثوب وفراهة المركوب وحسن الهيئة واللباس بل المراد التصون والسمت الحسن وحفظ اللسان وتجنب السخف والارتفاع عن كل خلق رديء يرى ان من تخلق بمثله لا يحافظ معه على دينه وان لم يكن في نفسه جرحة فمن ترك اللباس المحرم او المكروه الخارج عن السنة لا يكون جرحة في شهادته كلباس فقهاء هذا الزمان من تكبيرهم العمائم وافراطهم في توسيع الثياب وتحليتها بالحرير الكثير الى غير ذلك فانه ممنوع كما في فنون تنبيه قال ابن مرزوق اضطرب رأي المتاخرين في المروءة هل هي زائدة على حقيقة العدالة حتى انها كصفات الكمال الزائدة على الحقيقة او هي من تمام حقيقتها وهو الاظهر خلاف (ولما) كانت كيفية القضاء من اركانه كما تقدم وان منها معرفة البينة والتعديل والتجريح واليمين شرع في بيان ذلك فقال

(فالعدل ذو التبريز ليس يقدح * فيه سوى عداوة تستوضح)

(وغير ذي التبريز قد يجرح * بغيرها من كل ما يستقبح)

(ومن عليه وسم خير قد ظهر * زكي إلّا في ضرورة السفر)

(ومن بعكس حاله فلا غنى * عن ان يزكى والذى قد اعلنا)

(بحالة الجرح فليس تقبل * له شهادة ولا يعدل)

(وان يكن مجهول حال زكيا * وشبهة توجب فيما ادعيا)

الابيات الستة قاعدتان (الاولى) هل الناس عند جهل حالهم محمولون على العدالة او على الجرحة وهو مذهبنا خلاف (الثانية) هل العدالة حق لله تعلى يجب على الحاكم ان لا يحكم حتى يحققها وعليه اكثر اهل العلم او حق للخصم فان طلبها فحص الحاكم عنها وإلّا فلا خلاف اذا تقرر هذا علمت الفروع التي ذكرها الناظم هنا على اي شيء بنيت (وحاصل) ما ذكره في هاته الابيات هو ان الشاهد العدل المبرز وهو الفائق في العدالة لا يحتاج فيه الى تعديل لان تعديله يؤدي الى تحصيل الحاصل او الى التسلسل وكل منهما محال وان المشهود عليه اذا طلب الطعن فيه بكل قادح فانه لا يمكن منه لان الواقع يكذبه فدعواه لا تسمع وانما له ان يقدح فيه بالعداوة الدنياوية الواضحة كالخصومة والهجرة الطويلة لا العداوة الدينية فانها لا تضر وصاحبها ماجور ولهذا جازت شهادة المسلم على الكافر كما تقدم لانها عداوة عامة وهي لا تؤثر فان وقعت بينهما عداوة دنيوية فان شهادته عليه لا تجوز ومثل العداوة الواضحة القرابة الاكيدة كما ياتي في موانع الشهادة . والشاهد العدل اذا كان غير مبرز فلا يحتاج فيه الى تعديل كذلك غير انه يجرح فيه بالعداوة الواضحة والقرابة الأكيدة وغيرهما من كل ما يستقبح كشرب وسرقة وغصب وكذب وترك الصلاة ونحوها من انواع التجريح ان طلب الخصم ذلك . والشاهد الذي تظهر عليه علامة الخير والدين بشهود الصلوات في المساجد ولا يعرف بامر قبيح ولم تتحقق عدالته فلا بد من تزكيته ولا تقبل شهادته بدونها لحمل الناس على الجرحة لا على العدالة إلّا

في السفر فتقبل للضرورة ، والشاهد الذي بعكس حال هذا وهو من ظهر عليه وسم الشر ولم يتحقق فسقه فلا تقبل شهادته حتى يزكى ولو في سفر فهو بالنسبة لما قبله من باب اولى ، والشاهد الذي اعلن بالفسوق والفجور فلا تقبل شهادته ولو علم الحاكم بصدقه كما تقدم لان العدالة حق لله تعلى فلا يجوز اسقاطها ولا يصح تعديله لان الواقع يكذبه ، والشاهد الذي يكون مجهول الحال بان لم يظهر عليه ما يدل على الخير ولا ما يدل على الشر فلا بد من تزكيته كذلك ولو في سفر ولا تقبل شهادته بدونها ، وحيث توقف قبول شهادة الشهود المذكورين في الفروع الثلاثة على التزكية فان شهادتهم لا تلغى قبلها بحيث لا توجب شيئا بل توجب شبهة في كون المدعى فيه للمدعي والى هذا اشار بقوله وشبهة توجب فيما ادعيا فاذا شهد اثنان بحق وكانا ممن لا يحكم بشهادتهما إلّا بعد التزكية عقل ذلك الشيء المدعى فيه كما ياتي الى ان تثبت التزكية فيحكم بها او يعجز عنها فتضمحل الشبهة باضمحلال الشهادة فترفع العقلة ، وقوله شبهة بالنصب مفعول توجب وفاعله ضمير يعود على الشهادة والف زكيا وادعيا للاطلاق قوله

(وملطقا معروف عين عدلا * والعكس حاضرا وان غاب فلا)

يعني ان الشاهد الذي اريد تعديله اما ان يكون معروفا عند القاضي او من يقوم مقامه في تحرير الشهادة او غير معروف عنده فان كان معروف العين في البلد بحيث لا يشتبه في اسمه وصفته بغيره فانه يعدل سواء كان حاضرا مجلس القاضي او غائبا عنه وان كان غير معروف العين عند القاضي او من يتنزل منزلته في نقل الشهادة وهو المراد بالعكس فلا يعدل إلّا حاضرا على عينه وان غاب عن مجلس القاضي فلا يجوز ذلك لانه لا يعرفه والحكم على الشيء فرع تصوره (ففي القرافي) ان رجلين شهدا عند عمر فقال لا اعرفكما ولا يضركما ان لا اعرفكما فجاء رجل فقال اتعرفهما قال نعم قال له اكنت معهما في سفر يتبين عن جواهر الناس قال لا قال فانت جارهما

تعرف صباحهما ومساءهما قال لا قال اعاملتهما بالدراهم والدنانير التي تقطع بهما الارحام قال لا قال ابن اخي ما تعرفهما ائتيان بمن يعرفكما انتهى وفي هذا دليل على ان الناس محمولون على الجرحة وإلّا لقبلهما بدون تزكية ثم اشار الناظم الى القدر الذي يجزئي من شهود التعديل والتجريح فقـــــال

(وشاهد تعديله باثنين * كذاك تجريح مبرزين)

(والفحص من تلقاء قاض قنعا * فيه بواحد في الامرين معا)

يعني ان التعديل او التجريح لا يكون إلّا بشهادة رجلين عدلين مبرزين لا بامرأتين ولو لنساء ولا برجل وامرأتين ولا بواحد ويكونان معتمدين في شهادتهما بالتعديل على طول عشرة بالمجاورة والمخالطة ووقع التساهل اليوم في قبول التعديل والتجريح من مطلق معدل او مجرح حرصا على ما ياخذه الناقل الموثق من الاجر وما كان ينبغي لقضاة العدل ذلك بل الواجب عليهم تحرير الشهادة بانفسهم فرحم الله الشيخ ابراهيم بوعلاق التوزري الزبيدي في قـــــوله .

باشر بنفسك امر الملك سيدنا * فان توكيل بعض الناس تهميل

ومحل كون التعديل والتجريح لا يكون إلّا بمبرزين فيما اذا كان ذلك علانية اما اذا كان البحث عن الشاهدين من جهة القاضي سرا لموجب فانه يقنع فيه بعدل واحد فيهما لانه من باب الخبر (وكيفية) البحث هو ان يسأل القاضي عن حالة الشـاهد من يظن انه خبير بحاله من جيرانه واهل خلطته ومكانه وقيل لا يكتفي في الباطن باقل من عدلين وبه العمل (قال) الشيخ ابن رحال والذي اعتمده النـاس اليوم التعديل والتجريح في الظاهر واهملوا ذلك في السر . وقال في الاستذكار واول من سأل سرا ابن شبرمة قال كان الرجل اذا قيل لـه هات من يزكيك فياتي القوم فيستحيون منه فيزكونه فلما رايت ذلك سألت في السر فاذا صحت شهادته قلت هات من يزكيك في العلانية قاله في التوضيح اذا تقرر لك هذا ظهر لك جليا ان الجمع

بينهما احوط ، وقوله وشاهد مبتدا وجملة تعدياه باثنين خبر ووصف اثنين محذوف اي مبرزين وكذا كخبر مقدم وتجريح بالتنوين مبتدا مؤخر ومبرزين يجوز فيه كسر الراء وفتحها صفة لموصوف محذوف اي باثنين مبرزين فهو من باب الاحتباك بحذف كل ما اثبت نظيره في الاخر لا انه صفة لاثنين المذكور لانه يؤدي الى الفصل بين الصفة والموصوف باجنبي وهو لا يجوز عند النحويين لانهما كالشيء الواحد وقنع بضم اوله وكسر ثانيه مبني للنائب وفيه متعلق به وبواحد نائب فاعل وفي الامرين متعلق بقنع ايضا ومعا حال من الامرين فلو قال الناظم رحمه الله تعالى

وشاهد معدلاه اثنان * ان برزا كذا المجرحان

والفحص من تلقاء قاض لا يقل * عن شاهدين وبه جرى العمل

لكان اولى قوله

(ومن يزكي فليقل عدل رضى * وبعضهم يجيزان يبعضا)

يعني ان التزكية لا تكون إلّا بهذين اللفظين معا وهو ان يقول المزكي بكسر الكاف في المزكى بفتحها هو عدل رضى وهذا هو التعديل التام على القول المشهور المعمول به لقول الله تعلى واشهدوا ذوي عدل منكم وقوله ممن ترضون من الشهداء فالعدالة تشعر بسلامة الدين والرضى يشعر بالسلامة من البله فلهذا كان الجمع بينهما واجبا ، ونقل عن بعضهم جواز الاكتفاء باحد اللفظين ، وفهم من قوله فليقل عدل رضى انه لو قال ممن تقبل شهادتهم او يقضي بشهادته او نعم الرجل او رجل دين او خير لا يكون تزكية ، وقد رايت بعض الموثقين يكتفي بقول المزكي هو رجل مليح خير ويكتب في الرسم بدله عدل رضى حرصا على اخذ المال القليل العاجل ولا ينظر عقاب الله بوعيده الاجل لانه من الزور المحض الذي لا يفعله إلّا اهل الاهواء والجنون وسيعلم الذين ظلموا اي منقلب ينقلبون تنبيهان (الاول) لا يجب على شاهد التعديل ذكر اسباب العدالة لانها ظاهرة لا تخفى على احد ولذلك لم يختلف الناس في الاوصاف الموجبة للعدالة بخلاف الجرح فانه لا يقبل مجملا إلّا من

عالم بان يقول هو مجرح بفتح الراء او مردود الشهادة بل حتى يقول رايته يفعل كذا او يترك كذا من اسباب التجريح لئلا يعتقد ان الامر الذي رآه يفعله يكون جرحة مع انه عند الشرع ليس بجرحة كما اذا رآه يبول قائما الى غير ذلك من الامثلة التي لا يكون بها التجريح (الثاني) لا تجوز الزيادة على القدر الذي تحصل به الجرحة فلا يقال فيمن هو معروف بالكذب كذاب بصيغة المبالغة بل يقتصر على اصل الفعل فيقول هو كاذب اذ التجريح حصل به والقدر الزائد لا فائدة فيه كما اذا قال هو شارب خمر ويعامل بالربى مثلا فيكون الزائد عليه غيبة ترد بها شهادته لانه صار ذا جرحة بالغيبة لاكن هذا ان كان عالما بان التجريح يكفي باصل الفعل او ببعض ذلك والاصح تجريحه على الاصوب لانه لم يقصد الغيبة وانما قصد التجريح فقط قاله ابن راشد في الفائق قوله

(وثابت الجرح مقدم على * ثابت تعديل اذا ما اعتدلا)

يعني ان الشاهد اذا عدله قوم وجرحه ءاخرون واستوى الفريقان في العدالة فان من اثبت الجرح مقدم على من اثبت العدالة اما ان كانت احدى البينتين اعدل من الاخرى فهي التي تقدم كذا قيل وهو ظاهر كلام الناظم والقول المشهور الراجح خلافه وهو ان بينة الجرح تقدم على بينة التعديل مطلقا لانها اطلعت على ما لم تطلع عليه بينة التعديل وبما قررنا به كلام الناظم بناء على ان ما بعد اذا زائدة فيكون منطوقه سورة ومفهومه صورتان كما علمت اما اذا جعلت ما نافية بمعنى لم لا زائدة لان مجيئها نافية بعد اذا وارد كما في المغنى فيكون التقدير وثابت الجرح مقدم على ثابت تعديل اذا لم يعتدلا فمفهومه اذا اعتدلا فكذلك فمنطوقه صورتان ومفهومه صورة واحدة عكس ما قررنا به اولا وعلى هذا التقدير فبينة الجرح تقدم على بينة التعديل مطلقا في الصور الثلاثة فيكون الناظم جاريا على القول المشهور الراجح وعلى هذا لو قال

وثابت الجرح مقدم على * ثابت تعديل يكون مسجلا

لكان احسن وقوله

(وطالب التجديد للتعديل مع * مضي مـدة فالاولى يتبـع)

يعني ان من شهد عند القاضي ولم يعرف عدالته ولا جرحته وقبل شهادته بالتعديل ثم شهد ذلك الشاهد عنده في قضية اخرى وطلب المشهود عليه ثانيا تجديد تعـديله فهل لا بد من اعادته حتى يتحقق امره طال الزمن بين الشهادتين او لم يطل كمـا اذا وقعت الثانية قبل مضي سنة اولا تلزم اعادة التعديل ويقبل القاضي شهادته بمقتضى تعديله الاول حيث لم يطل الزمن بمضي سنة وإلّا لزم تجديد تعديله قولان وبالاول العمل واليه اشار بقوله فالاولى يتبع وانما حملوه على الاول دون الثـاني حيث كان يحتملهما بقرينة تنوين مدة فانه للتقليل وفيه خفاء فلو قال

وطالب تجديد تعديل مضى * يقضى له في كل حين بالقضا

لكان نصا في طريقة سحنون التي بها العمل قـــــوله

(ولاخيـه يشهـد المـبـرز * إلّا بما التهمـة فيـه تبـرز)

يعني ان العدل المبرز يجوز له ان يشهد لاخيه في كل شيء وتقبل شهادته اذا لم يكن في عياله ولم يتهم اما اذا كان في عياله او لم يكن واتهم في شهادته بان يظن بـه الحمية والغضب او دفع معرة كان يجرح من جرح اخاه او جلب مصلحة كان يشهد له بمال كثير يكون به غنيا او يشهد له بنكاح امراءة يتشرف بنكاحها فان شهادته لا تـقبل اما غير المبرز فان شهادته لا تقبل لاخيه مطلقا وامـا شهادته عليه فجائزة لان كل من لا تجوز الشهادة له تجوز الشهادة عليه ما لم تكن تهمة كما ياتي وان كل من لا تجوز الشهادة عليه تجوز الشهادة له فاذا شهد له وعليه بطلت في الجميع للقـاعدة وهي ان الشهادة اذا رد بعضها للتهمة ردت كلها على المشهور لان الشهادة لا تـتجزى (فقوله) ولاخيه يشهد المبرز الخ ظاهره سواء كان في عياله او لم يكن وليس كذلك كما قررنا به كلامه وهاته المسئلة من المسائل التي يشترط في شهودها التبريز وقد نظمتها فـقلت

واشترطوا التبريز في الاحبـاس * ونحوهـا بجري عرف النـاس

كذاك في الاجيـر والصنـاع * وشاهـد الخطـوط والايـداع

والابـن للام على الاب نقـل * وعكسه كـذا الشريـك المستقـل

ومنفـق عليـه والملاطـف * معـدل مجـرح يـا واصـف

وشاهـد لزوج بنـت ولـده * مـولى لاعلى يا خليـل فـادره

وصاحب النقصان والزيد بهـا * وذاكـر من بعـد شك انتهى

وقوله إلّا بما التهمة فيه تبرز البيت وفي ءاثار المدونة الكبرى ابن وهب عن يونس عن ابن شهاب لم يكن سلف المسلمين الصالحين على رد شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا الاخ لاخيه ولا الرجل لامراته ثم دخل الناس بعد ذلك فظهرت بينهم امور حملت الولات على اتهامهم فتركت شهادة من يتهم اذا كان من قرابة المشهود له وكان ذلك من الولد والوالد والزوج والزوجة لم يتهم إلّا هؤلاء في ءاخر الزمان. وقال ابن وهب عن محمد بن ايوب عن محمد بن سعيد مثلـــه (قال) صاحب المباني اليقينية ثم اتسعت التهم الان فافتى شيوخنا بسقوط شهادة الخال والاصهار شيخنا البرزلي وغيره وبه العمل وقد قال عمر بن عبد العزيز تحدث للناس اقضية بقدر ما احدثوا من الفجور (ولما) كانت التهمة القوية من موانع الشهادة ولها جزئيات وذكر الناظم منها شهادة الاخ لاخيه وما فيها من التفصيل شرع في الكلام على غيرها مما فيه اكيد القرابة او العداوة الواضحة فقـــال

(والاب لابنه وعكسه منع * وفي ابن زوجة وعكس ذا اتبع)

(ووالدي زوجة او زوجة اب * وحيثما التهمة حالها غلب)

(كحالة العدو والظنين * والخصم والوصي والمدين)

يعني انه لا يجوز للاب ان يشهد لابنه ولا الابن لابيه ولا الرجل لابن زوجته ولا الرجل لزوج امه ولا الرجل لوالدي زوجته او لزوجة ابيه وكذا لا تجوز شهادة البنت لابيها ولا هو لها ولا الام لولدها ذكرا كان او انثى ولا هو لها ولا بنت الزوجة

لـزوج امها ولا هو لها ولا المرأة لزوجة ابيهـا ولا هي لها ولا لزوج البنت بالنسبة لوالديها فلا يشهدان له ولا الزوج لزوجته ولا هي له ولا المرأة لوالدي زوجها ولا هما لها الى غير ذلك من الاصول وان علت والفروع وان نزلت والاصهار والاخوال (والحاصل) أن الشهادة مهمى غلب عليها حال التهـمة وقويت الظنة فانها لا تجوز وترد كالعدو يشهد على عدوه في امر دنيوي من مال او جاه او خصام في امر جسيم يكون في مثله الشحناء ويوغر الصدور اما ما كان كثمن الثوب ونحوه فانه لا يضر قال ابن القاسم لا تجوز شهادة الرجل على ابن عدوه ولو كان ابن شريح اه وكذا لا تجوز شهادة الظنين وهو المتهم لمن يشهد له كالوصي لمن يلي عليه ولا رب الدين لغريمه المعسر لانه يجرها لنفسه نفعا حيث كانت في مال ولا هو له لانه يتهم ان ذلك لان يؤخره ويلحق بذلك تزكية كل واحد لمن شهد لمن يتهم له او تزكية من شهـد على من يتهم عليه ولا غير المتنصبين للشهادة مع وجود المتنصبين لها في الامور المهمـة التي يقصد بها اعيان الشهود في العادة كالبيع والابتياع والنكاح والطلاق والشفعـة واسقاطها والقبض والابـراء والوكالة والضمان والحبس والصدقة والهبـة والوصيـة والاجارة والمغارسة ونحوها اذا كان ذلك بالقصد والاستدعاء اما اذا سمعوا شيئا من ذلك في موطن بدون قصد ولا استدعاء فانها شهادة جائزة عاملة (وفي لب اللباب) ان المانع للشهادة قسمان قسم يمنع من القبول مطلقا وقسم يمنع على جهة فالاول كل وصف مناف للعدالة والمروءة اولهما كالفسق وسماع القيان والثاني ما يمنع على جهة ونعني بذلك ان يمنـع من القبول مع بقاء العدالة وهو نوعان الاول التغفل والثـاني الاتهام وله ستة ابواب (الاول) ان يجر لنفسه منفعة كان يشهد رب الدين لمديانه المعسر بمال على خلاف فيه كما في التوضيح او يشهد على مورثه الغني المحصن بالزنى او بالقتل عمدا او يدفع عنها مضرة كشهادة العاقلة بفسق شهود القتل خطـا (الثاني) تاكيد الشفقة بالنسب والسبب كالابوة والبنوة والاصهـار والاخوال كذلك (الثالث) العداوة في امر دنيوي من مال او جاه او منصب لا ديني (الرابع) الحرص

على زوال العار وله صورتان الاولى ان تركت شهادته بفسق ثم يصير عدلا فيشهد بها فانها ترد لتهمته على دفع عار الكذب الثانية التاسي كشهادة المقذوف في القذف (الخامس) الحرص على الشهادة في التحمل والاداء والقبول اما التحمل فالمختفي على احد قولين والمشهور ان ذلك لا يضر واما الحرص على الاداء فمثل ان يبدا بالشهادة قبل ان يطلبه صاحبها بها إلّا اذا كانت مما يستدام فيه التحريم فانه يجب عليه الرفع كالطلاق والعتق والعفو عن القصاص واما الحرص على القبول فمثل ان يشهد شهادة ويحلف على صحتها (السادس) الاستبعاد والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم لا تقبل شهادة البدوي على القروي . وحمله مالك على الاموال والحقول دون الدماء والجراح وما في معناه وحيث يطلب الخلوات والبعد من العدول انتهى . وفي ابن مرزوق عند قول الشيخ خليل ولا ان استبعد كبدوي لحضري بخلاف ان سمعه او مر به بعد كلام طويل ما نصه شهادة البدوي بين الحضريين جائزة في نحو القذف والجراح والقتل مما لا يقصد فيه الاشهاد وتجوز في المال والنكاح وغيرهما اذا لم يستشهد وقال مررت بهما او كنت في موضع فسمعته اقر له بكذا او باع منه سلعة او جرت منازعة في النكاح فاعترف احدهما بالعقد ولا يجوز فيما يقصد فيه الاستعداد من نحو الوثائق والصدقات لانه ريبة ان يترك اخذ خطوط اهل الموضع والاستعداد بشهادتهم إلّا ان يعلم انه مخالط لهم او يكون جميعهم في سفر وكذا شهادته بين حضري وبدوي لا تجوز إلّا كما تقدم بين الحضريين إلّا ان يكون البدوي بقرية الشاهد فيشهد بمداينة كانت في قريته او في الحاضرة اذا كان معروفا بالعدالة او ممن يعول في المدينة على مثله قاله اللخمي . وفي البيان قال ابن وهب رءا قوم ان شهادة الحضري على البدوي لا تجوز وانا ارى جوازها إلّا ان يدخلها من الظنة ما دخل شهادة البدوي على الحضري فلا تجوز انتهى (تتمة) كل من لا تجوز الشهادة له تجوز الشهادة عليه ان لم تكن تهمة كما مر ولا تكون شهادة الابن على الابوين مانعة من برهما بل من برهما ان يشهد عليهما بالحق ويخلصهما من الباطل وهو من قوله تعلى قوا

انفسكم واهليكم نارا في بعض معانيه وكل من لا تجوز الشهادة عليه تجوز الشهادة له (لطيفة) فان قلت عدل لا تجوز شهادته على احد من الناس كافة وليس فيه مانع من قرابة او عداوة ولا جرحة في دينه قلت هو العدل المولى عليه قاله ابن القاسم وبه العمل وقال اشهب تجوز شهادته اذا كان عدلا انتهى من الغاز ابن فرحون وقد تقدم هذا في شروط الشاهد وقوله

(وساغ ان يشهد الابن في محل * مع ابيه وبه جرى العمل)

يعني انه يجوز للابن ان ينتصب للشهادة مع ابيه ويشهدان على امر واحد كانهما اجنبيان على القول الذي جرى به العمل وعليه اهل تونس الان . وفي اختصار المتيطية واذا شهد والد وولده وهما عدلان فشهادتهما شهادة واحدة وبه جرى العمل وقيل هما بمنزلة شاهدين . وفي المختصر وشهادة ابن مع اب واحدة (قلت) والاحوط في هذا الزمان العمل بما في المتيطي وقد قواه ونص على العمل به واقتصر عليه الشيخ خليل لقوة التهمة وقلة العدالة وهو امر ظاهر لا خفاء فيه وما توفيقي إلّا بالله (ثم) ان الناظم رحمه الله تعلى استشعر سؤال سائل قال له هل الشروط والموانع المذكورة في جانب الشاهد تعتبر زمن تحمل الشهادة وسماعها او تعتبر زمن ادائها فاجاب عن ذلك (بقوله)

(وزمن الاداء لا التحمل * صح اعتباره لمقتض جلي)

تقدمت الاشارة الى هذا البيت اول الباب . وقوله لمقتض جلي اي ظاهر وبيان ذلك ان الشهادة انما تظهر فائدتها ويعمل بمقتضاها بالاداء فان لم تؤد فهي كالعدم فمن تحمل شهادة ولو عقد نكاح كما مر وهو كافر او فاسق او عبد او صبي او زوج او وصي واداها وهو مسلم او عدل او حر او بالغ او مفارق للزوجية او متأخر عن الايصاء الى غير ذلك فان شهادته جائزة مقبولة شرعا ما لم يشهد واحد منهم قبل زوال المانع فردت شهادته لذلك اما اذا شهد قبل زواله فردت شهادته له فان شهادته بعد زواله في تلك النازلة ترد ولا تقبل للتهمة كما تقدم في الحرص على القبول

فصل في مسائل من الشهادات

ذكر الناظم رحمه الله تعلى في هذا الفصل خمس مسائل وهي الاقرار بدون اشهاد هل يجوز لمن سمعه ان يشهد به اولا واعادة كتب الشهادة او اداؤها مرة ثانية والشهادة على الخط والنقص في الشهادة والزيادة فيها والرجوع عنها (مقدمة) اعلم ان الحق الذي يشهد به الشاهد اما ان يكون حصل له العلم به بسبب اختياري اولا فالاول يسمى تحملا في العرف وهو ما يكون بالاشهاد قصدا والثاني وهو ما كان حصوله بسبب غير اختياري كمن قرع سمعه صوت مطلق او رءا انسانا قتل آخر فانه لا يسمى تحملا في الاصطلاح (اذا) تقرر هذا علمت وجه تقسيم علماء هذا الفن الشهادة الى اصلية والى استرعائية فالاصلية هي التي يمليها المشهد على الشهود المنتصبين للشهادة قصدا كعقود المقالات والوكالات والاشرية والاحباس والانكحة لانها وقعت بسبب اختياري وهو الاشهاد من المشهود عليه . والاسترعائية هي التي يعلمها الشاهد لا بسبب اختياري بل بسبب اضطراري كما مثلنا ويسردها الشاهد من حفظه اذا سئل عنها بخلاف الاولى وسواء كان موثقا اولا فالموثق يكتبها بخطه وغيره تنقل عنه كشهادة الوفيات والرشد والفقر والزنى والغيبة وضرر الزوجين والتعديل والتجريح ونحو ذلك وكذلك ما يسمعه الشاهد من الاقرار او انشاء عقد ضمان او بيع ونحوهما بدون قصد ولا استدعاء من المقر او المنشيء . ويسئل عنها عند الحاجة اليها والى هذا الفرع الاخير وهو المسئلة الاولى في الترجمة اشار الناظم بقوله

(ويشهد الشاهد بالاقرار * من غير اشهاد على المختار)

(بشرط ان يستوعب الكلاما * من المقر البدأ والتماما)

يعني انه يجوز للشاهد ان يشهد باقرار من سمعه يقر على نفسه بما يلزمه سواء كان

مالا او ءايلا اليه او غيرهما مما يوجب حقا للغير وان كان المقر لم يشهده بذلك
لاكن بشرط ان يستوعب الشاهد كلام المقر من اوله الى ءاخره لانه قد يكون قبله
او بعده كلام يبطله قال صاحب المفيد وبه العمل واليه اشار الناظم بقوله وذا المختار
وقال اليزناسني في الاقرار وهو اقوى من البينة على المقر لقوله صلى الله عليه
وسلم احق ما يؤاخذ به المرء اقراره على نفسه ٠ ومقابل القول المختار انه لا يجوز
للشاهد ان يشهد إلّا ان يقول له المقر اشهد علي بما قلته ومن ذلك مسئلة الشاهد
المختفي التي يمثل بها للحرص على التحمل كما مر قريبا في الموانع وصورتها انسان
له حق على آخر لا يقر له بحقه إلّا خاليا عن الناس فيعمد صاحب الحق الى من
يشهد عليه ويجعله في موضع لا يرى فيه ثم يستدعي من عليه الحق الى ذلك الموضع
ويتكلم معه في ذلك فان اقر بالحق واستوعب الشاهد جميع ما وقع بينهما في النازلة
فيجوز له ان يشهد عليه على المشهور المعمول به بشرط ان يكون المشهود عليه غير مخدوع
ولا ضعيف ابله ولا خائف وإلّا فلا تجوز الشهادة عليه فان ادعى بعد الشهادة عليه انه
ما اقر إلّا لكونه خائفا او مخدوعا فعليه اليمين فان نكل ثبت اقراره وان انكر الاقرار
راسا ثبت عليه الحق بعد الاعذار اليه فيمن شهد عليه وانما جاز هذا محافظة على
ضياع الحق اذ تحدث للناس اقضية بقدر ما احدثوا من الفجور ٠ ومثل الاقرار
الذي ذكره الناظم الانشاء فمن كتب بخط يده من حبس او صدقة او ضمان او
قاله بلسانه فانه يلزمه ولو بدون اشهاد كما ياتي عند قوله وكاتب بخطه ما شاءه الخ
قال مالك رضي الله تعلى عنه وان سمع رجل رجلا يطلق زوجته او يقذف رجلا
فليشهد بذلك وان لم يشهده وعليه ان يخبر بذلك من له الشهادة ويشهد في الحدود بما
سمع ان كان معه غيره قال شارحه وانما يلزمه ان كان معه غيره وإلّا فلا يلزمه ذلك
خوف ان يقول المقذوف كذبت وانما عرضت انت بقذفي فيحده اذا تقرر هذا ظهر
لك جليا بطلان قول التسولي ان ما كتبه الشخص من حبس او صدقة او ضمان او
قاله بلسانه لا يلزم إلّا بالاشهاد بل الحق ان ما قاله الصحيح في حال صحته او

كتبه بخط يده يؤاخذ به بمجرد الاقرار به نطقا او كتابة ولو لم يشهد عليه على ان ذلك لو كان لا يصح إلّا بالاشهاد كما قال لصح فيها الرجوع قبله ولم يجبر المعطي على الاقباض قبل الاشهاد وكلا الامرين باطل وقد صرح الحطاب في كتاب الالتزام بهذا ونصه قال في كتاب المديان من المدونة ومن ضمن لرجل ماله على ميت ثم بدا له فقد لزمه ذلك لان المعروف كله اذا اشهد به على نفسه لزم انتهى قلت وذكر الاشهاد هنا ليس شرطا في اللزوم وانما خرج مخرج الغالب كما يظهر ذلك مما قبله ومما سياتي والله اعلم انتهى (الثانية) قوله

(وما به قد وقعت شهادة * وطلب العود فلا اعادة)

اشتمل هذا البيت على مسئلتين احداهما طلب صاحب الحق من الشاهد اداء الشهادة عند القاضي والغريم حاضر معه يدعي الاداء والثانية طلب صاحب الحق من الشاهد بما في علمه اما بكتب رسم ءاخر او بالاداء عند القاضي ولم يعلم ما عند الغريم لكونه لم يات مع صاحب الحق وانما جاء وحده (اما) الاولى فاشار بها الى قول المتيطي قال ابو عمر في كافيه واذا كتب الشاهد شهادته في ذكر الحق وطولب بها وزعم المشهود عليه انه قد ودى ذلك الحق لم يشهد الشاهد حتى يوتى بالكتاب الذي فيه شهادته بخطه لان الذي عليه اكثر الناس اخذ الوثائق اذا ادوا الديون انتهى وقد نظمها الزقاق فقال

وان غاب رسم لا تؤدي ان ادعى * غريم اداء لاكن ان حضر انجلا

اي ان حضر الرسم ظهر الحق (فرع) قال المتيطي واختلف اذا احضر المديان الوثيقة وقال انها لم تصل اليه إلّا بدفع ما فيها وقال رب الدين سقطت مني فقيل يشهد له لامكان ما ذكره وقيل لم يشهد لان رب الدين لم ياتي بما يشبه في الاغلب لان الاغلب دفع الوثيقة الى من هي عليه اذا ادى الدين واما الحاكم فيجتهد في ذلك ان شهد عنده اه نقله الشيخ ميارة ، واما الثانية فاشار بها الى قول ابن حبيب سمعت

ابن الماجشون يقول من كتب على رجل كتابا بحق له واشهد عليه شهودا ثم ادعى ان كتاب الحق قد ضاع وسال الشهود ان يشهدوا له بما حفظوا من ذلك فلا يشهدوا على حرف منه وان كانوا بجميع ما فيه حافظين لانه يخاف ان يكون قد اقتضى حقه ودفعه المديان فمحاه وقد اكتفى اليوم كثير من الناس بمحو كتب الحق دون البراءة منها والاشهاد عليها فان جهلوا وقاموا بشهادتهم لم يسع الحاكم إلّا قبولها ويقول للمشهود عليه اقم بينة براءتك وما تدفع به الشهادة . وقال مطرف لهم ان يشهدوا وانما الكتاب تذكرة وقاله مالك وقاله أصبغ وقال ابن حبيب وهذا احب الي اذا كان المدعي مامونا وان كان غير مامون فقول ابن حبيب احب الي انتهى ميارة والى هاته المسئلة اشار الزقاق بقوله

ومن يبتغي تكرير كتبك رسمه * لزعم ضياع او اداء فاهملا
وإلّا وقد وديت تمضي (مطرف) * اذا كان مامونا فكرر ولا فلا

اي تكرير الكتب او الاداء فاداء معطوف على تكرير لا على ضياع لفساد المعنى وقوله ويقول للمشهود له اقم بينة براءتك الخ فان عجز عن بينة البراءة قضي عليه بعد يمين صاحب الحق وله ان يقلبها على الغريم فان حلف بريء وإلّا قضى ما ثبت عليه من الحق الذى تضمنه الرسم قلت والذي عليه عمل تونس الان ان الشاهد لا يخرج اي كتب كان مرة ثانية مما يتكرر به الحق إلّا باذن من الحاكم في اخراج بطاقة من دفتره لموجب وإلّا عوقب او عوتب بحسب النازلة وحال الشاهد وهو تحجير حسن وتقدير البيت والحق الذي وقعت به الشهادة اذا طلب صاحبه من الشاهد اعادة شهادته فلا تجوز له اعادتها (الثالثة) الشهادة على الخط وهي في ثلاثة مواضع احدها الشهادة على خط نفسه المتضمن للشهادة على غيره ثانيها الشهادة على خط الشاهد الميت او الغائب ثالثها الشهادة على خط المقر الميت او الحي المنكر لخطه اشار الى الاول منها بقوله

(وشاهد برز خطه عرف * نسي ما ضمنه فيما سلف)
(لا بد من ادائه لذلك * إلّا مع استرابة هنالك)
(والحكم في القاضي كمثل الشاهد * وقيل بالفرق لمعنى زائد)

يعني ان الشاهد المبرز اذا عرض عليه خطه في وثيقة حق وعرفه ونسي ما تضمنته الوثيقة فانه يعتمد على معرفة خطه ويكون كالذاكر لها حيث كان على يقين بانه خطه ويشهد بها عند القاضي فان لم يكن على يقين بانه خطه وحصلت له الريبة فيه والشك فانه لا يشهد حينئذ ولا يجوز له ذلك وعلى انه يشهد اذا تيقن ان الخط خطه هل ينفع او لا قولان ظاهرهما الاول بدليل قوله إلّا مع استرابة هنالك وهو قول مطرف قال ابن العربي رحمه الله تعلى قول الله عز وجل اقوم للشهادة دليل على ان الشاهد اذ رءا الكتاب فلم يذكر الشهادة لا يؤديها لما دخل عليه من الريبة فيها ولا يؤدي إلّا ما يعلم لاكنه يقول هذا خطي ولا اذكر الان ما كتبت فيه وقد اختلف فيه علماؤنا على ثلاثة اقوال (الاول) قال في المدونة يؤديها ولا ينفع وذلك في الدين والطلاق (الثاني) قال في كتاب محمد لايؤديها (الثالث) قال مطرف يؤديها وينفع اذ لم يشك في الكتاب وهو الذي عليه الناس وهو اختيار ابن الماجشون والمغيرة وقد قررناه في كتب المسائل وبينا تعلق من قال انه لا يجوز لان خطه فرع من علمه فاذا ذهب علمه ذهب نفع خطه واجبنا بان خطه بدل الذكرى فان حصلت وإلّا قام مقامها انتهى وقول الناظم والحكم في القاضي كمثل الشاهد الخ يعني ان القاضي اذا سئل عن حكم في نازلة فلم يذكرها ووجدها مرسومة بدفتره بخطه ونسي صدور الحكم منه في تلك النازلة فانه يعتمد على معرفة خطه وينفذ ذلك الحكم ويمضيه وقيل لا يحكم به ويلغيه وليس هو كالشاهد الذي عرف خطه ونسي النازلة لوجود الفرق بينهما وهو عذر الشاهد بانه لا يطالب باكثر من كتب الرسم وقد كتبه فذلك مقدوره بخلاف القاضي فانه قادر على ان يشهد على حكمه عدلين فقد ترك مقدوره والراجح الاول . وقوله برز بفتح اوله وثانيه مشددا . واشار الى الثاني بقوله

(وخط عدل مات او غاب اكتفى * فيه بعدلين وفي المال اقتفى)
(والحبس ان يقدم وقيل يعتمل * في كل شيء وبه الان العمل)
(كذاك في الغيبة مطلقا وفي * مسافة القصر اجيز فاعرف)

يعني انه اختلف في الشهادة على خط الميت او الغائب المعروفة عندنا بالرفع هل يعمل بها في المال والحبس القديم فقط او يعمل بها في كل شيء تدعو الحاجة اليه وبه جرى العمل قولان وحيث كانت الشهادة على الخط جائزة في مشهور المذهب المعمول به فلا تقبل إلّا من عدلين مبرزين فاكثر عارفين بالخطوط والعقود ممارسين لها ولا يشترط ان يكون الشاهد قد ادرك صاحب الخط وانما يشترط مع ذلك حضور الخط لانه عين قائمة لتقع الشهادة على عينه اذ لا تصح الشهادة عليه في غيبته ولهذا لو نظر شاهدان وثيقة وحفظا ما فيها وعرفا خطها وعدالة صاحب الخط وضاعت تلك الوثيقة وشهدا بذلك فان شهادتهما لا تقبل على الصحيح وبه العمل اما اذا ضمناها في رسم وينص الشاهد على ذلك بقوله وبالوقوف على رسم الايصاء او التوكيل او التقديم او الشراء ونحوها من الرسوم التي يحتاج الى تضمينها المقتضى لكذا المؤرخ بكذا بشهادة شهيديه او فلان وفلان العدلين ببلد كذا فانها تقبل على ما عليه عمل تونس منذ ازمان وليس العمل على ما اختاره الشيخان ابن عبد السلام وابن عرفة من عدم الاكتفاء بذلك كما في سابع الاجوبة العظومية (وقوله) كذاك في الغيبة التشبيه في ثبوت خط الشاهد الغائب بعدلين وكرره لبيان قدر الغيبة التي هي مسافة القصر ، وقوله مطلقا اي في المال والحبس القديم وغيرهما (وصفة) العمل في التعريف بالخط ان تكتب الحمد لله يقول من يشهد بعد ويضع عقده واسمه عقب التاريخ اني نظرت الى شهادة فلان الواقعة بتاريخ كذا بالرسم اعلاه او يمناه او يحوله وامعنت النظر فيها وفي اشكال حروفها فتحققت انها شهادته المعهودة عنه مقيدة بخط يده والعقد المتصل بها عقده والعاطف عليه فيه فلان ويعلم انهما كانا حين وضعهما

لما فيه من اهل العدالة وقبول الشهادة ولم ينتقلا في علمي عن ذلك الى الان وهما غائبان الان بموضع كذا او الى ان ماتا وقيل الى الان مطلقا في الحياة وبعد الممات فمن علم ذلك وتحققه شهد به هنا عن اذن من يجب اعزه الله قاضي كذا بتاريخ كذا واشار الى الثالث بقوله

(وكاتب بخطه ما شاءه * ومات بعد او ابى امضاءه)

(يثبت خطه ويمضي ما اقتضى * دون يمين وبذا اليوم القضا)

يعني ان من استظهر بحجة على احد كتبها بخطه يتضمن شيئا من الحقوق يلزمه الاقرار به لمن هو بيده ثم مات وانكر ذلك وارثه او لم يمت وانكر هو ان الخط المستظهر به عليه خطه فعلى صاحب الحق ان يثبت الخط بشاهدين على نحو ما تقدم وهو ان الخط خط هذا المنكر او الميت ويلزمه او يلزم ورثة الميت الحق الذي تضمنته الحجة فياخذه القائم بلا يمين تعضد شهادة الشهود وبه القضاء اما يمين القضاء في حق الميت او الغائب فهي واجبة يحلف يمينا واحدة اذا كان التعريف بشاهدين فان كان بشاهد واحد حلف يمينا واحدة في حق الحي الحاضر تتميما للنصاب ويمينين في حق الميت او الغائب احداهما تتميم للنصاب والاخرى يمين القضاء قائلا بالله الذي لا إله إلّا هو ما قبض ولا وهب ولا ابرأ ولا وصل اليه حقه بوجه من الوجوه، وهل اذا لم يجد صاحب الحق من يشهد على خط المنكر يجبر المنكر عن الكتابة بمحضر عدلين عارفين ويكرر الكتابة ثم يقابل ما كتبه مما استظهر به خصمه عليه وهو الاظهر وبه العمل اولا يجبر خلاف وقوله يثبت ويمضى بضم اولهما وفتح ما قبل آخرهما بالبناء للنائب عن الفاعل (المسالة) الرابعة قوله

(وامتنع النقصان والزيادة * إلّا لمن برز في الشهادة)

يعني ان العدل اذا شهد بعشرة لزيد على عمرو مثلا عند القاضي ثم بعد الاداء وقبل الحكم رجع وقال ان الذى نشهد به خمسة او خمسة عشر لا عشرة فشهادته اولا وثانيا

ساقطة للتهمة ان كان غير مبرز اما ان كان مبرزا فان ذلك لا يكون مانعا من قبول شهادته الثانية لعدم اتهامه بالتبريز وتكون الاولى كالعدم ادعى نسيانا اولا ثم ان الشهادة الثانية اما ان تطابق دعوى المدعي اولا فان طابقت الدعوى فالعمل بها ظاهر وان لم تطابق بان زادت او نقصت عنها فان رفضها المدعي ولم يحتج بها وتمسك بمقاله فهو على دعواه وان لم يرفضها بان احتج بها فقد سقطت دعواه وبينته لاضطرابه بمضادة قوله لبينته لان القائم بحجة قائل بما فيها ولا ينفعه ان قال غلطت او ان الشهود كتبوا علي ذلك من غير علمي ولا املائي عليهم او لم يعلمها كما في عظوم نقلا عن البرزلي . وفي المعيار دعوى الغلط في المقال لا ينفعه لانه موضع التحرز . وفي المواق عن ابي يونس عن اشهب فان اختلف قول المدعي في امر بين لم يكن له شيء . وقال اصبغ هذا قول مالك واصحابه قال التاودي فظهر بهذا ان الزيادة والانتقال مبطلان للدعوى فان زاد الشاهد او نقص قبل الاداء بان سمع منه شيء قبل ذلك ثم انه وقت اداء شهادته زاد او نقص على ما سمع منه فان ذلك لا يضر كان مبرزا او لا (تنبيه) تفسير المجمل وتخصيص العموم وتقييد المطلق يقبل من الشاهد مطلقا سواء كان مبرزا او لا لانه ليس من باب النقص والزيادة في الشهادة بل هو من تتمتها فلا تصح بدونه واذا استدعى لذلك وجبت عليه الاجابة والا بطلت شهادته وقولي قبل الحكم فان كان النقص بعد الحكم فلا يسقط شيئا مما وقع الحكم به لانه من الرجوع بعد الحكم ويغرم الشاهد النقص للمحكوم عليه على تفصيل في ذلك ذكره الناظم في (المسئلة) الخامسة وهي قوله

(وراجع عنها قبوله اعتبر * ما الحكم لم يمض وان لم يعتذر)
(وان مضى الحكم فلا واختلفا * في غرمه لما به قد اتلفا)
(وشاهد الزور اتفاقا يغرمه * في كل حال والعقاب يلزمه)

يعني ان الشاهد اذا رجع عن شهادته قبل الحكم بها فان رجوعه يقبل ويعمل به

سواء اعتذر بان قال وقع لي شك او نسيان مثلا او لم يعتذر وتصير كالعدم ولا يلزمه غرم اتفاقا وتقبل شهادته في المستقبل ان كان مامونا واتى بشبهة وإلّا فلا تقبل ولا يؤدب عند اشهب وسحنون مخافة ان لا يرجع احد وبه العمل وعند ابن القاسم يؤدب (قلت) ما قاله ابن القاسم هو المناسب لاهل هذا الزمان فقد راينا من يشهد بالاجر ويرجع به وهذا الامر صار معلوما عند الناس حتى صعب الوثوق بشهادة شهود الاسترعاء من حيث هي قال ابو البقاء الشيخ يعيش الشاوي ولقد ابتلينا بمخالطة الشهود باتصابنا للشهادة سنين كثيرة وانتصابنا لخطة القضاء فشهدنا من احوالهم لفساد الزمان ما يوجب العمل بمذهب ابن القاسم من ان الراجع يؤدب الادب الوجيع لما في ذلك من الزجر والردع لهم ولغيرهم ومصلحة ذلك لا تخفى على من جالسهم وقد علم من مذهب مالك رضي الله عنه مراعات المصالح العامة والله سبحانه اعلم ثم بعد كتبي هاته الاسطر رايت نفسي كانني في المنام ولا حول ولا قوة إلّا بالله الملك العلام ، وان رجع بعد مضي الحكم ولم يتحقق كذبه فلا يعتبر رجوعه ولا ينقض الحكم لما روى ان الرسول عليه الصلاة والسلام قال في شاهد شهد ثم رجع عن شهادته بعد ان حكم بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام تمضي شهادته الاولى لاهلها والاخيرة باطلة واخذ بها مالك وغيره قاله المواق ، واختلف في غرمه لما اتلف بشهادته من نفس او مال فان لم يثبت انه تعمد الكذب والزور ففي غرمه المال من دية او غيرها قولان فيغرم عند ابن القاسم واشهب ولا يغرم عند ابن الماجشون ، وان ثبت عليه انه تعمد الكذب والزور فيغرم المال اتفاقا ان كانت الشهادة في مال وان كانت في نفس فقال ابن القاسم يغرم الدية لانه لم يباشر القتل وهو الذي اشار اليه الناظم بقوله في كل حال والعقاب يلزمه زيادة على الغرم وقيل يقتص من الشاهد لانه تسبب في قتله بالزور فكانه باشر ذلك (تنبيهات) الاول هل يشترط في رجوع الشاهد ان يكون عند القاضي اولا يشترط ذلك ويجزي رجوعهم عند غيره من العدول المنتصبين للشهادة وبه العمل خلاف

(الثاني) قال الحطاب وفي العتبية قال ابن القاسم في شاهدين نقلا شهادة رجل ثم قدم فانكر ان يكون اشهدهما او عنده في ذلك علم وقد حكم بها قال مالك يفسخ وفي سماع عيسى الحكم ماض ولا غرم عليهما ولا يقبل تكذيبه لهما ابن يونس وهذا اصوب قال ولو قدم قبل الحكم وقال ذلك سقطت الشهادة ابن يونس كالرجوع عن الشهادة (الثالث) في المواق عن سحنون اذا شهد رجلان بحق والقاضي لا يعرفهما فزكاهما رجلان وقبلهما القاضي فحكم بالحق ثم رجع المزكيان وقالا زكينا غير عدلين فلا ضمان عليهما لان الحق بغيرهما اخذ ولو رجع الشاهدان ومن زكاهما لم يغرم إلّا الشاهدان لان بهما قام الحق (الرابع) اذا رجع الشاهدان في طلاق او عتق فانهما يضمنان قيمة العبد وولاؤه للسيد المنكر وفي الطلاق ان دخل بالزوجة فلا شيء عليهما وان لم يدخل ضمنا نصف الصداق للزوج قاله ابن القاسم (الخامس) ان المشهود عليه اذا ادعى ان من شهد عليه قد رجع عن شهادته وطلب اقامة البينة على ذلك فانه يجاب الى مطلبه ويمكن منه كما اذا التمس المشهود عليه يمين الشاهدين انهما لم يرجعا عن شهادتهما فان حلفا برءا من الغرامة وإلّا حلف المدعي انهما رجعا واغرمهما ما اتلفا فان نكل فلا شيء له عليهما ومحل ذلك اذا اتى المدعي بشبهة في دعوى الرجوع كان يشاع بين الناس ان فلانا وفلانا رجعا عن شهادتهما (السادس) الشاهدان اذا شهدا بحق على شخص ثم رجعا عن شهادتهما ثم رجعا عن رجوعهما ذلك فانه لا يقبل منهما ويغرمان ما اتلفا بشهادتهما كالراجع المتمادي (السابع) ان رجع احد الشاهدين غرم نصف الحق كرجل مع نساء وان كثرن واختلف اذا ثبت الحق بشاهد ويمين ثم رجع الشاهد هل يغرم الجميع وهو مذهب ابن القاسم او يغرم النصف وهو مذهب غيره خلاف الاول مبني على ان اليمين للاستظهار والثاني مبني على ان اليمين كالشاهد والله تعلى اعلم قوله ما الحكم ما ضر فية واختلفا بالبناء للنائب والفه للاطلاق كالف اتلفا وهو مبني للفاعل وغرمه يجوز فيه ضم الغين وفتحهما ويغرمه بفتح الراء

فصل في انواع الشهادات

يعني ان الشهادة باعتبار ما ينبني عليها من الاحكام تتنوع الى انواع فتارة توجب الحق بلا يمين وتارة توجبه بيمين وتارة توجب توقيف الشيء المتنازع فيه فقط وتارة توجب اليمين فقط على المطلوب وتارة لا توجب شيئا اصلا فلهذا تنوعت الى انواع متعددة وكانت خمسة واليها اشار الناظم رحمه الله تعلى بقوله

(ثم الشهادة لدى الاداء * جملتها خمس بالاستقراء)

والاستقرآء معناه التتبع فان علمآء هذا الفن من القضاة والموثقين تتبعوا كلام الفقهآء فلم يجدوا إلّا خمسة انواع فلو كان ثم قسم سادس لاطلعوا على شيء منه وقوله لدى الاداء اي عند الاداء اما قبل ادائها عند القاضي فهي كالعدم ثم شرع في تفصيلها فقال

(تختص اولاها على التعيين * ان توجب الحق بلا يمين)
(ففي الزنى من الذكور اربعه * وما عدى الزنى ففي اثنين سعه)
(ورجل بامرأتين يعتمد * في كل ما يرجع للمال اعتمد)
(وفي اثنتين حيث لا يطلع * إلّا النساء كالمحيض مقنع)
(وواحد يجزيء في باب الخبر * واثنان اولى عند كل ذي نظر)
(وبشهادة من الصبيان في * جرح وقتل بينهم قد اكتفي)
(وشرطها التمييز والذكوره * والاتفاق في وقوع الصوره)
(من قبل ان يفترقوا او يدخل * فيهم كبير خوف ان يبدل)

الابيات الثمانية يعني ان النوع الاول من انواع الشهادات الشهادة التي توجب حقا بدون يمين على القائم بها فلهذا كانت اوليتها متعينة واجبة من جهة الصناعة وتحت

هذا النوع ست مسائل (الاولى) قوله (ففي الزنى من الذكور اربعة) يعني ان الشهادة على الزنى عيانا لا بد فيها من اربعة رجال عدول يشهدون بزنى واحد مجتمعين في اداء الشهادة غير متفرقين بانه ادخل فرجه في فرجها كالمرود في المكحلة (قال) ابن العربي رحمه الله تعلى عند قول الله عز وجل فاشهدوا عليهن اربعة منكم وهذا حكم ثابت باجماع من الامة قال تعلى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة الايه فشرط غاية الشهادة في غاية المعصية لاعظم الحقوق حرمة وتعديد الشهود باربعة حكم ثابت في التوراة والانجيل والقرآن روى ابو داود عن جابر بن عبد الله قال جاءت اليهود برجل وامراة قد زنيا قال النبيء صلى الله عليه وسلم ائتوني باعلم رجلين منكم فاتوه بابني صوريا فتشهدهما الله كيف تجدان امر هذين في التوراة قالا نجد في التوراة اذا شهد اربعة انهم راو ذكره في فرجها مثل الميل في المكحلة رجما قال فما يمنعكما ان ترجموهما قالا ذهب سلطاننا وكرهنا القتل فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشهود فجاؤا وشهدوا انهم راوا ذكره في فرجها مثل الميل في المكحلة فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم برجمهما واشترطوا عدالة الشهود لان الله عز وجل شرط العدالة في البيوع والرجعة فهذا اعظم وهو بذلك اولى وهو من باب حمل المطلق على المقيد (تنبيهات) الاول ان قيل اليس القتل اعظم حرمة من الزنى وقد ثبت في الشرع بشاهدين فما هذا (قال) ابن العربي قال علماؤنا في ذلك حكمة بديعة وهو ان الحكمة الالهية اقتضت الستر في الزنى بتكثير الشهود ليكون ابلغ في الستر وجعل ثبوت القتل بشاهدين بل بلوث وقسامة صيانة للدماء (الثاني) قال ابن فرحون ظاهر المذهب جواز النظر الى الفرج قصدا للتحمل وللحاكم ان يسأله كما يسأل الشهود في السرقة ما هي ومن اين والى اين (الثالث) في المتيطية لو شهد اربعة بزنى على رجل وتعلقوا به واتوا به الى السلطان وشهدوا عليه قال لا ارى ان تجوز شهادتهم واراهم قذفة فان كانوا اصحاب شرط موكلين بتغيير المنكر ورفعه فاخذوه وجاءوا به فشهدوا عليه جازت شهادتهم ولانهم

فعلوا في اخذه ورفعه ما يلزمهم (الرابع) هل يسقط الحد بشهادة اربع نسوة ببكارة المشهود عليها بالزنى او بانها رتقاء او لا يسقط وهو الذي اقتصر عليه صاحب المختصر تقديما للمثبتة على النافية كذا علل بعضهم لا ان العلة في ذلك هي ضعف شهادتهن فلا تقاوم شهادة الرجال لانه لا فرق في المسألة بين شهادة اربع نسوة بالبكارة او اربعة رجال على التحقيق خلاف قلت ينبغي اعتماد القول بسقوط الحد اذ الشهادة بالبكارة ونحوها شبهة والحدود تدرا بالشبهات كما في حاشية البناني والله اعلم (الخامس) لو لم يعرف القاضي احد الشهود فاختلف هل يكتفي في تعديله باثنين او لا بد من اربعة (السادس) الشهادة على الاقرار بالزنى ولو مرة خلافا لمن يشترط الاقرار به اربع مرات هل يكفي شهادة رجلين عدلين على المقر او لا بد من شهادة اربع على الاقرار به لان الشهادة على الاقرار تؤل الى اقامة الحد فساوت الشهادة على المعاينة لتساوي موجبهما ووجه القول الاول ان الاصل في الشهادات على الاقرارات ان يكتفي فيها بشاهدين فاجراء الاقرار بالزنى على ذلك الاصل قولان (السابع) ان لم يتم احد شهود الزنى الصفة بان قال رايت ذكره بين فخذيها فانه يعاقب باجتهاد الامام عند ابن القاسم وحد الثلاثة الذين اتموها حد القذف لانهم قذفة (الثامن) ولمسئلة ثبوت الزنى معاينة باربعة شهداء نظائر منها الشهود الذين يحضرون لعان الزوجين ، ومنها شهود الابداد في النكاح وذلك اذا انكح الرجل ابنته البكر ولم يحضرهما شهود بل انما عقد النكاح وتفرقا وقال كل واحد لصاحبه اشهد من لاقيت فلا تتم الشهادة إلّا باربعة شاهدان على الاب وشاهدان على الزوج فان أشهد كل واحد منهما الشهود الذين اشهدهم صاحبه لم تسم هذه شهادة ابداد ، ومنها شهادة الشهود الذين يحضرون عقوبة الزاني اقلهم اربعة ، وفي شهادة السماع في الاحباس وغيرها مما اجيزت فيه شهادة السماع والترشيد والتسفيه والاسترعاء هل لا بد فيها من اربعة شهداء او يكتفي فيها بشهادة رجلين عدلين وهو المشهور وبه العمل قولان ، وهل شهود الرضاع لا بد ان

يكونوا اربعة كذلك او يكتفي فيه بشهادة رجلين عدلين او امراتين وهو المشهور المعمول به كسابقه قولان (الثانية) قوله (وما عدى الزنى ففي اثنين سعه) يعني ان ما عدى الزنى مما ليس مالا ولا آيلا اليه الاتي ذكره يكتفي فيه بشهادة عدلين ذكرين وذلك في النكاح والطلاق والرجعة والعتق والاسلام والردة والبلوغ والولاء والعدة والتعديل والتجريح والعفو عن القصاص والنسب والموت والكتابة والتدبير والشرب والقذف وما يوجب التعزير من شتم ونحوه والحرابة والاحلال والاحصان وقتل العمد وجراحه والحمالة والكفالة والولادة والهبة والصدقة والحبس على غير معين والعطية والنحلة والعرية الى اجل والاسكان والوصيـة على غير معين اذا كان المدعى فيه بيد مالكه فان كان بيد مدعي التبرع وانكر المالك دعواه حلف استحسانا واخذ شيه من يدي المدعي وقيل ياخذه بلا يمين على الاصل وهو ان كل دعوى لا تثبت إلّا بشاهدين فلا يمين بمجردها لاكن لما حيز عن مالكه ضعف الاصل واستحسنت اليمين وكذلك اسقاط الحضانة على احد قولين ورؤية هلال رمضان وغيره ونقل الشهادة والترشيد وضده وشهادة السماع فيما اجيزت فيه كل ذلك لا يثبت إلّا بعدلين وتقدم نحو هذا كما في التبصرة وغيرها (الثالثة) قولـــه

(ورجل بامـرأتين يعتضـد * في كل ما يرجع للمال اعتمد)

يعني انه يعتمد على شهادة رجل واحد عدل متقو بشهادة امراتين عدلتين معه ويقضى بشهادة الجميع في كل ما يرجع للمال وهو في الظاهر ليس بمال كالوكالة على التصرف بالمال لينتفي عنه دعوى التعدي ونحوه اذا باع او ابتاع او آجر او استأجر ونحو ذلك والوصية بالمال على المشهور والاجال والخيار وقتل الخطإ وجراحه وجراح العمد التي لا قصاص فيها كرض الانثيين وكسر الفخذين والشفعة وفسخ العقود ونكاح بعد موت الزوج او الزوجة بالنسبة للارث ان لم يكن للميت

وارث ثابت النسب وإلّا فلا بد من عدلين كما تقبل شهادتهما مع العدل الواحد في المال كالبيع والقرض ونحوهما او في المال ولاكنه يؤول الى غير المال عكس كلام الناظم كشهادة عدل وامراتين على سيد المكاتب بانه قبض نجوم الكتابة فيعتق فتحصل من كلامه منطوقا ومفهوما ثلاث صور حكمها واحد كما رايت والاصل في هذا قول الله تعلى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان ممن ترضون من الشهدآء الاية وقوله يعتضد ويرجع بفتح اولهما مبنيان للفاعل واعتمد بضم اوله وثالثه وكسر ما قبل آخره مبني للنائب عن الفاعل ورجل مبتدا وجملة يعتضد بامراتين صفة له وهو الذي سوغ الابتداء بالنكرة وجملة اعتمد عليه في كل ما يرجع للمال خبره وجملة يرجع للمال صلة ما والله اعلم (الرابعة) قوله

(وفي اثنتين حيث لا يطلع * إلّا النساء كالمحيض مقنع)

يعني ان الشيء الذي لا يطلع عليه إلّا النساء كالحيض والولادة والبكارة والثيوبة والحمل والسقط والاستهلال والرضاع وارخاء الستور وعيوب الحرائر والايماء وفي كل ما تحت ثيابهن يثبت بشهادة امراتين عدلتين لان هذه الاشياء لما كانت مما لا يحضرها الرجال ولا يطلعون عليها اقيم فيها النساء مقام الرجال للضرورة لانهن لو لم يقبلن في ذلك للزم اما ابطال الحقوق او اطلاع الرجال على عورات النساء وهل تقبل شهادة رجل مع امراة فيما ذكر فيه خلاف ، وفي ابن مرزوق عند قول صاحب المختصر وثبت الارث الى قوله والنسب بلا يمين اي فاذا شهدت امراتان بنحو الولادة والاستهلال ثبت الارث والنسب للمشهود له بذلك وعليه وكذلك يثبت الارث بشهادتهما بسبقية الموت او بالموت ولا زوجة ولا مدبر ونحوه اما ثبوت الارث ففي الموطا ان المرأتين تشهدان على استهلال الصبي فيجب بذلك ميراثه حتى يرث ويكون ماله لمن يرثه ان مات الصبي وليس مع المرأتين اللتين شهدتا رجل ولا يمين

وقد يكون ذلك من الاموال العظام من الذهب والورق والرباع والحوائط والرقيق وما سوى ذلك من الاموال انتهى واما ثبوت النسب فثبوت الارث يستلزمه اذ لولا ثبوت النسب ما ثبت الارث انتهى . وقوله مقنع قال في القاموس شاهد مقنع كمقعد وقنعان بالضم ويستوي في الاخيرة المذكر والمؤنث والواحد والجمع اي رضي يقنع به او بحكمه او بشهادته انتهى وهو هنا مصدر ميمي بمعنى قناعة اي اكتفاء .

(الخامسة) قوله

(وواحد يجزىء في باب الخبر * واثنان اولى عند كل ذي نظر)

يعني ان خبر المخبر كالقائف والموجه من قبل القاضي للتحليف والحيازة والترجمان والكاشف عن البنيان وقائس الجرح والناظر في العيوب وكاتب القاضي والمحلف والمترجم على الخطوط والقاسم يجزي فيه قول الواحد والاثنان اولى وفي وقتنا يجب . ودخول هذا القسم في النوع الاول مع انه ليس من باب الشهادة المحضة لانه يوجب الحق بلا يمين وحيث كان ليس من باب الشهادة المحضة قبل فيه للتعذر غير عدول وان مشركين كما في المختصر . وقوله واثنان اولى الخ بناء على انه من باب الشهادة والاصل في الاكتفاء بقول الواحد في الموجه من قبل الحاكم هو ان الله سبحانه حكم في الزنى باربعة شهود ثم قد ارسل النبيء صلى الله عليه وسلم الى المراة الزانية أنيسا وقال له ان اعترفت فارجمها وكذلك قال عبد الملك في المدونة قاله ابن العربي

(السادسة) قوله

(وبشهادة من الصبيان في * جرح وقتل بينهم قد اكتفي)

(وشرطها التمييز والذكورة * والاتفاق في وقوع الصورة)

(من قبل ان يفترقوا او يدخلا * فيهم كبير خوف ان يبدلا)

يعني ان شهادة الصبيان بعضهم على بعض فيما يقع بينهم من الجراح والقتل جائزة

يكتفي بها بلا يمين لاكن بشروط عشرة ذكر الناظم بعضها ولم يذكر باقيها وهي التمييز والذكورة والاتفاق في وقوع الصورة من صبي معين والحرية والاسلام والتعدد ومعاينة البدن قتيلا وان لا يكونوا اعداء للمشهود عليه ولا اقارب للمشهود له ولا معروفين بالكذب وان لا يشهدوا على كبير او له وان لا يفترقوا او يدخل فيهم كبير غير عدل خوفا من تبديل الصورة فان كان الذي دخل بينهم عدلا ولما سئل قال لا ادري عمل بشهادتهم وإلّا عمل بشهادته مع اليمين لانه حق يؤول الى المال وتركت شهادتهم كما اذا اختل شرط من شروطها المذكورة وقد نظمت بقيتها (فقلت)

ونفي تهمة ورق وكذب * ان وجد القتيل اسلام طلب

(فرع) اذا ادوا شهادتهم على الوجه الاتم ثم رجعوا عنها فان رجوعهم لا يقدح فيها كما لا يقدح فيها تجريحهم بفسق لانهم غير مكلفين قاله ابن مرزوق • وقوله جرح هو بضم الجيم اثر الفعل وقوله (فصل) اي هذا فصل في بيان النوع الثاني من انواع الشهادات وهو ما يوجب الحق مع اليمين واليه اشار بقولـــــــه

(ثانية توجب حقا مع قسم * في المال او ما آل للمال تؤم)

يعني ان النوع الثاني من انواع الشهادات الخمس الشهادة التي توجب الحق مع اليمين وانها لا تكون إلّا في المال وكل ما يرجع اليه او في المال ويرجع الى غير المال وقد تقدمت امثلتها قريبا وتحت هذا النوع اربع مسائل (الاولى) قولـه (شهادة العدل لمن اقامه) يعني ان المال او ما يؤول اليه يثبت لمن ادعاه على منكره او على غائب او ميت بشهادة عدل واحد مع اليمين (الثانية) قوله (وامرأتان قامتا مقامه) اي مقام الرجل العدل بشرط عدالتهما فاذا شهدتا بالمال او ما يؤول اليه فان الحق يثبت بشهادتهما مع اليمين (والاصل) في القضاء بالشاهد واليمين ما في الموطا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد وروى ذلك عن ابي بكر وعمر وعلي وابي بن كعب وغيرهم من الصحابة رضي الله تعلى عنهم وقال به الفقهاء السبعة وهم سعيد بن

المسيب بكسر الياء المشددة وعروة بن الزبير والقاسم بن محمد بن ابي بكر الصديق وخارجة بن زيد بن ثابت وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود وسليمان بن يسار وابو بكر بن عبد الرحمان نظم اسماءهم بعض الفضلاء فقال

ألا كل من لم يقتدي بايمة * فقسمته ضيزى عن الحق خارجه
فخذهم عبيد الله عروة قاسما * سعيدا ابا بكر سليمان خارجه

وهو مذهب مالك والشافعي واحمد بن حنبل رضي الله عنهم اما القضآء باليمين مع المرانين فلان النص دل على انهما يقومان مقام الرجل والله تعلى اعلم (الثالثة) قوله

(وهاهنا عن شاهد قد يغني * ارخاء ستر واحتياز رهن)
(واليد مع مجرد الدعوى او ان * تكافأت بينتان فاستبن)
(والمدعى عليه يابى القسما * وفي سوى ذلك خلف علما)
(ولا يمين مع نكول المدعي * بعد ويقضى بسقوط ما ادعي)

يعني ان الشاهد العرفي قد يكتفى به عن الشاهد الحسي في الاحتجاج به فيثبت الحق به مع اليمين بناء على انه كشاهد واحد لا شاهدين على المشهور اي في الغالب ومثل له بخمسة امثلة (الاول) قوله ارخآء ستر اي على الزوجة بالتخلية بينه وبينها فان ادعت الوطيء وانكره فان القول قولها لان العادة اذا خلا الرجل بامراته اول خلوة لا يفارقها في الغالب إلّا بعد الوطيء فارخآء الستر عليها قائم مقام الشاهد الحسي في دعوى المسيس فتحلف على ما ادعته وتستحق الصداق كاملا ولو قام بها مانع شرعي بأن كانت حائضا مثلا وهو من اهل المروءة والصلاح فان القول قولها على المشهور وستاتي هاته المسئلة في فصل التداعي في الطلاق مستوفاة ان شاء الله تعلى (الثانية) قوله واحتياز رهن يعني ان الراهن اذا قبض الرهن من المرتهن ثم قام عليه يطالب دينه كله او بعضه فزعم الراهن انه دفعه اليه فيحلف ويبرأ لان العادة لا يسلم المرتهن الرهن لصاحبه إلّا بعد خلاص الدين (الثالثة) قوله واليد مع مجرد الدعوى يعني ان من حاز دارا

مثلا بدعوى الملكية يتصرف فيها تصرف المالك في ملكه فقام عليه من ادعى ملكيتها ولم تقم على دعواه بينة فان الدار تبقى بيد حائزها ويكون الحوز لها كالشاهد يحلف معه ويقضى له باستمرار الحوز وعدم التعدي (الرابعة) قوله (او ان ، تكافأت بينتان) يعني ان من حاز جنانا مثلا بدعوى الملكية يتصرف فيه بالوجه المذكور فقام عليه من ادعى ملكيته وقامت له بينة تشهد له بالملكية طبق دعواه فلما ثبتت بينته عند القاضي عارضه المدعى عليه الحائز للجنان ببينة تشهد له بالملكية وثبتت كذلك ولم ترجح احداها على الاخرى وحصل التكافؤ والتماثل فتسقطان معا ويصيران كالعدم اذ لا يتاتى اعمالهما معا فيحلف المدعى عليه لترجح جانبه بالحوز ويبقى بيده ويحكم له بنفي التعدي لا بالملك في الصورتين ومعناها واحد قـــــال القرافي الحجة السابعة عشرة اليد وهي يرجح بها ويبقى المدعى به لصاحبها ولا يقضى له بالملك بل يرجح التقرير فقط وترجح احدى البينتين وغيرها من الحجاج وهي للترجيح لا للقضاء بالملك وقال قبل هذا اعلم ان اليد انما تكون مرجحة اذا جهل اصلها او علم اصلها بحق اما اذا شهدت بينة او علمنا نحن ذلك انها بغصب او عارية او غير ذلك من الطرق المقتضية وضع اليد من غير ملك فانها لا تكون مرجحة البتة (تنبيه) اليد عبارة عن القرب والاتصال واعظمها ثياب الانسان التي عليه ونعله ومنطقته ويليه البساط الذي هو جالس عليه والدابة التي هو راكبها ويليه الدابة التي هو سائقها او قائدها ويليه الدار التي هو ساكنها فهي دون الدابة لعدم استلائه على جميعها انتهى وسياتي نحو هذا عند قول الناظم والشيء يدعيه شخصان معا الابيات (وقول الناظم) او ان بنقل حركة همزة أن المفتوحة الى الواو وان وما دخلت عليه في تاويل مصدر والتقدير واليد مع مجرد الدعوى او مع تكافؤ البينتين حكمهما واحد فان لم تكن الدعوى مجردة او لم تتكافا البينتان بان ترجحت بينة المدعي فالحكم ما قاله القرافي ، وقـــــوله فاستبن تتميم للبيت وفيه تنبيه على القاضي بأن يمعن النظر في ذلك لان باب التعارض من الامور الصعبة والله الموفق للصواب (الخامسة) قوله والمدعى عليه

يابى القسما ، يعني ان المدعي اذا عجز عن البينة او نفاها من اول الامر وكانت دعواه محققة فيما يثبت بالشاهد واليمين وتوجهت اليمين على المدعى عليه فامتنع من الحلف فان امتناعه منه يكون كالشاهد الحسي للمدعي فيحلف معه ويقضى له بما ادعاه اما ان كانت الدعوى غير محققة بان كانت دعوى اتهام فان اليمين لا تنقلب ويثبت الحق بمجرد النكول على المشهور كما مر وسياتي ايضا في باب اليمين ، وقوله (وفي سوى ذلك خلف علما) ، يعني ان غير ما ذكر من امثلة الشاهد العرفي المتقدمة كمعرفة من ضاعت له دراهم مثلا الظرف والخيط في اللقطة وعلامات الاشتراك والانفراد في الجدران وحدود الارضين ومن ادعى ما يشبه من المتبايعين والمتكاريين والزوجين ونحو ذلك هل الراجح فيها اليمين على من يشهد له العرف او عدم اليمين خلاف (فائدة) قال ابن العربي عند قول الله تعلى وشهد شاهد من اهلها ان كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين وان كان قميصه قد من دبر فكذبت وهو من الصادقين فلما رأى قميصه قد من دبر قال انه من كيدكن ان كيدكن عظيم قال علماؤنا في هذا دليل على العمل بالعرف والعادة بما ذكر من أخذ القميص مقبلا ومدبرا وما دل عليه الاقبال من دعواها والادبار من صدق يوسف وهذا امر تفرد به المالكية (فان) قيل هذا شرع من قبلنا (قلنا) عنه جوابان احدهما ان شرع من قبلنا شرع لنا الثاني ان المصالح والعادات لا تختلف فيها الشرائع اما ان يجوز ان يختلف وجود المصالح فيكون في وقت دون وقت فاذا وجدت فلا بد من اعتبارها وقد استدل يعقوب بالعلامة فروى العلماء ان الاخوة لما ادعوا اكل الذئب قال اروني القميص فلما رءاه سليما قال لقد كان هذا الذئب حليما وهكذا فاطردت العادة والعلامة وليس هذا بمناقض لقوله البينة على المدعي واليمين على من انكر والبينة انما هي البيان ودرجات البيان تختلف بعلامة تارة وبامارة اخرى وبشاهد ايضا وبشاهدين ثم باربع انتهى ، وقوله (ولا يمين مع نكول المدعي ، بعد ويقضي بسقوط ما ادعي) ، يعني ان المدعي اذا نكل عن اليمين التي ردت عليه فلا تتوجه اليمين بعد

نكوله عنها مرة ثانية على المدعى عليه وكذلك عكس كلام الناظم وهو نكول المدعى عليه بعد نكول المدعي عن الحلف مع شاهده الحسي او العرفي فلا تتوجه اليمين مرة ثانية على المدعي للقاعدة المعروفة وهي قولهم النكول بالنكول تصديق للناكل الاول وحينئذ يقضي القاضي بسقوط ما ادعاه المدعي على المدعى عليه في الصورة الاولى وبثبوت ما ادعاه المدعي على المدعى عليه في الصورة الثانية (الرابعة) من المسائل التي توجب الحق مع اليمين قوله

(وغالب الظن به الشهادة * بحيث لا يصح قطع عادة)

يعني انه يجوز للشاهد ان يستند في شهادته الى غالبة ظنه من غير تصريح به وذلك في الامور التي لا يصح فيها القطع والجزم عادة او يعسر كشهادة عدلين باعسار المديان وضرر الزوجين واستحقاق الملك ومغيب الزوج عن زوجته وتركها بدون نفقة والتعديل والتجريح والتعريف بالخط والرشد وضده وحصر الورثة ونحو ذلك وانما وجبت اليمين فيها لان الشهادة جاءت من الشهود على نفي العلم وذلك مقدورهم ففي الاعسار يقولان لا يعلمان له مالا ظاهرا ولا باطنا وحاله متصلة على ذلك حتى الان وفي ضرر الزوجين لا يعلمان انه رجع عن الاضرار بها وفي الاستحقاق لا يعلمان خروجه عن ملكه وفي المغيب لا يعلمان انه ترك لها نفقة وفي التعديل لا يعلمون انه انتقل من حالة العدالة وقس الباقي وحيث قد يكون المشهود به على خلاف الظاهر استظهر على الباطن باليمين على القول المشهور المعمول به وانها لا تكون على البت لاكن استثني من ذلك امور لا يمين فيها وهي حصر الورثة والترشيد وضده واستحقاق الاصول على المشهور والتعديل وضده والتعريف بالخط والاب ان اثبت العسر لينفق عليه ولده ، وذكر الناظم هاته المسئلة مع المسائل السابقة مع كونها ليست من النظائر بل النصاب فيها تام لوقوع المشابهة بينهما في الجملة وهو كونها لا يتم الحق بها إلّا بيمين (تنبيهان) الاول ان صرح الشهود بالقطع في المحل الذي لا يصح القطع فيه عادة بان قالوا لا مال له قطعا او لا وارث له سوى فلان قطعا بطلت شهادتهم وان لم

يصرحوا بشيء بان قالوا لا مال له او لا وارث له سوى فلان استفسروا ان كانوا احياء حضورا وعمل على تفسيرهم ولا فرق فيه بين المبرز وغيره لانه ليس من باب الزيادة والنقص في الشهادة كما تقدم فان ماتوا او غابوا غيبة بعيدة قبلت من اهل العلم لا من غيرهم وهكذا في كل شهادة مجملة وقيل لا تصح الشهادة في ذلك ألا اذا كانت على القطع والبت والله اعلم (الثاني) لا يعمل بشهادة العدل الواحد في العدم والترشيد وضده وضرر الزوجين والتعديل وضده ويعمل به في الباقي لاكن يحلف بمينين احداهما لتكميل النصاب والاخرى للاستظهار ولا يجمعان في يمين واحدة وكلاهما على البت قاله التسولي . وقوله قطع بالتنوين فاعل يصح وقوله (فصل) اي هذا فصل في بيان النوع الثالث من انواع الشهادات وهو ما يوجب توقيف المدعى فيه او يمنع من هو بيده من احداث التغيير فيه او تفويته ان قامت للمدعي شبهة ولطخ بما يمكن تصحيح دعواه ويسمى فصل العقلة وفصل الايقاف (مقدمة) قال في المقدمات اختلف في الحد الذي يدخل به الشيء المستحق في ضمان المستحق وتكون الغلة له ويجب التوقيف به على ثلاثة اقوال (الاول) لا يدخل في ضمانه ولا تجب له غلة حتى يقضى له به وهو الذي ياتي على قول مالك في المدونة ان الغلة للذي هو في يده حتى يقضى بها للطالب وعليه لا يجب وقف الاصل المستحق بحيلولة ولا وقف غلته وهو قول ابن القاسم في المدونة ان الرباع التي لا تحول ولا تزول لا توقف مثل ما يحول وانما يمنع من الاحداث فيها (الثاني) يدخل في ضمانه وتكون له الغلة ويجب وقفه بالحيلولة ان ثبت له بشاهدين او بشاهد وامراتين وهو ظاهر قول مالك في الموطا الغلة للمبتاع الى يوم يثبت الحق وقول غير ابن القاسم في المدونة يجب التوقيف ان اثبت المدعي حقه وكلف المدعى عليه الدفع (الثالث) يدخل في ضمانه وتجب له الغلة والتوقيف بشاهد واحد وهي رواية عيسى عن ابن القاسم في كتاب الدعوى والصلح انه يحلف مع شاهده والمصيبة منه وروايته عنه في الكتاب المذكور فيمن ادعى زيتونا واقام شاهدا واحدا ان الثمرة له اذا تؤولت المسئلة

انه استحق الاصل دون الثمرة واما على من تاول انه ادعى الاصل والثمرة وشهد الشاهد بهما فتخرج الرواية من هذا الباب الى وجه متفق عليه وما وقع في احكام ابن زياد ان التوقيف يجب في الدار بالقفل وتوقيف الغلة بالشاهد الواحد ياتي على هذا القول والنفقة ايضا تجري على هذا الاختلاف انتهى محل الحاجة واعلم ان القول الاول هو المشهور والثاني جرى به عمل الاندلسيين كما في ابن ناجي على المدونة نقلا عن ابن رشد وعليه درج الناظم حيث قال ووقف ما كالدور البيت الاتي (قلت) وتبعهم على هذا العمل قضاة تونس الان وقال المتيطي اختلف في ايقاف الرباع والعقار بشاهد واحد فمنع منه ابن القاسم في المدونة وغيرها واجازه سحنون وطرح قول ابن القاسم وكان سحنون ربما اعقل بعدل وربما لا يعقل إلّا باثنين مدة ما يعذر . وفي احكام ابن زياد ويجب العقل بعدل في الدور وفي الارض بالمنع من الحرث . وفي احكام ابن بطال لابن لبابة لا تجب العقلة إلّا بشاهدين وهو قول ابن القاسم وكان عبيد الله بن يحيى وكثير من اصحابه يرون العقل بالقفل مع الشاهد الواحد . وفي وثائق ابن العطار لا يجب العقل بشاهد واحد ولاكن يمنع المطلوب ان يحدث في العقار شيئا . ونقل عن ابن زرب انه حكى الخلاف في مسائله وان العقل بالشاهد انما هو في العروض او فيما يفسد واما العقارات فبشاهدين ويمنع بواحد من الاحداث فيها خاصة وبعضهم اوجب عقلها به محتجا بقول ابن القاسم في مسئلة الزيتون . قال ابن مرزوق بعد ذكره النصوص المتقدمة (قلت) وهي اي مسئلة الزيتون التي قدمنا عن المقدمات قال اي ابن رزب ولم يرها بعضهم إلّا بشاهدين وحيازتهما وبهذا جرى القضاء ببلدنا لان الغلة بالضمان وهو من المطلوب حتى يقضى عليه انتهى (تكملة) اذا كان الشيء الموقوف مما يحتاج الى انفاق عليه في ايام الايقاف كالعبد والدابة فنفقته على من يقضى له به فان كانت لذلك الشيء الموقوف غلة كانت ابدا للذي كان بيده حيث كان ذا شبهة الى ان يقضى به لغيره خليل والنفقة على المقضي له به والغلة له للقضاء فضمير له الثاني عائد على الحائز المدعى عليه المفهوم من السياق ولا يصح عوده على

المقضي له به وان كان مصرحا به لان قوله للقضاء يمنع من ذلك قاله ابن مرزوق وفي حاشية البناني على الزرقاني ما نصه قال الرجراجي فاما ما يوقف وقفا يمنع من الاستخدام فان كانت له غلة فنفقته من غلته وان لم تكن له غلة فقولان احدهما ان نفقته على من يقضى له به وهو مذهب المدونة والثاني ان النفقة عليهما معا فمن قضي له به رجع عليه ألاخر بما انفق وهذا القول في غير المدونة وهو اصح واولى بالصواب اه وقوله

(ثالثة لا توجب الحق نعم * توجب توقيفا به حكم الحكم)

هذا هو النوع الثالث من انواع الشهادات وهي الشهادة التي لا توجب الحق مطلقا لا بيمين ولا بدون يمين ثم استشعر سؤال سائل قال له حيث كانت هاته الشهادة لا توجب حقا للمدعي هل توجب توقيف الشيء المدعى فيه لئلا يفوته المدعى عليه فاجاب بقوله نعم توجب توقيفه وبه حكم الحاكم لمن طلبه ثم ان التوقيف تتوقف معرفته واجراؤه على معرفة اسبابه وكيفياته فاما اسبابه فشهادة عدلين او عدل واحد او رجلين يحتاجان الى التزكية او قرينة قوية واما كيفياته فاما بالحيلولة واما بعدم التفويت في العقار واما بوضعه او وضع ثمنه او وضع قيمته تحت يد امين وقد اشار الناظم الى بيان السبب الاول وكيفية التوقيف به فقال

(وهي شهادة بقطع ارتضى * وبقي الاعذار فيما تقتضي)

(وحيث توقيف من المطلوب * فلا غنى عن اجل مضروب)

(ووقف ما كالدور فقفل مع اجل * لنقل ما فيها به صح العمل)

(وماله كالفرن خرج والرحى * ففيه توقيف الخراج وضحا)

(وهو في الارض المنع من ان تعمرا * والحظ يكرى ويوقف الكرا)

(قيل جميعا او بقدر ما يجب * للحظ من ذاك والاول انتخب)

يعني ان من شهد له عدلان شهادة قطعية باستحقاق شيء من آخر وبقي للمشهود عليه الاعذار فيها اما بالطعن في شهودها واما بظهور تناقض في فصولها او فيما بينها وبين مقال الطالب وقف الشيء المتنازع فيه وحيث جاء توقيفه من جهة المطلوب لانه لم يسلم الشهادة وطلب الاعذار فيها فلا غنى عن اجل يضرب به القاضي له للاعذار وقدره شهر كما تقدم في الآجال فان انقضى الاجل ولم يأت بما تأجل له وتمت الشهادة بالاسقاط عليه مع عدم المعارض قضي بالشيء المتنازع فيه للطالب وان اتى بما ينفعه قبل انقضاء الاجل رفع الايقاف ورد الشيء الذي كان موقوفا ليد صاحبه ولا تسمع للطالب دعوى فيه بعد تعجيزه على نحو ما تقدم ثم ينظر قبل هاته الاعمال على ما جرى به عمل القضاة الى الشيء المتنازع فيه عند ضرب الاجل فان كانت الدعوى في دار ليست للخراج اعتقلت بالقفل بعد ان يضرب للمطلوب اجل ثلاثة ايام لاخلائها كما تقدم فان سال المعقول عليه ان يبقي في الدار ما يثقل عليه اخراجه احيب اليه وان كانت للخراج كالرحى والفرن والحمام والفندق والحانوت وقف كراؤها وان كانت في ارض منع من حرثها ويؤمر بالانتقال منها الى غيرها ان كان نازلا بخيامه فيها وهل يجوز كراؤها اذا كان الوقت وقت كراء الاراضي ويوقف كراؤها وهو الظاهر لما فيه من المصلحة وعدم تفويت ما فيه غرض شرعي على صاحبه ومراعاة المصالح الشرعية امر مطلوب لم ار في ذلك نصا ، وان كانت الدعوى في حصة من ارض او دار اعتقلت تلك الحصة مع الباقي الذي لا نزاع فيه حيث كان الباقي للمقوم عليه بكراء الجميع ووقف الكراء وهل يوقف جميعه وهو المنتخب عند قوم او يوقف من الكراء بقدر الحصة المتنازع فيها وهو الظاهر عند آخرين لان توقيف الجميع مشكل خلاف هذا ان كان الباقي للمطلوب كما علمت اما ان كان الباقي لاجنبي فلا يوقف إلّا قدر الحظ المتنازع فيه اتفاقا وان كانت الدعوى في غير الدور والارضين بان كانت في العروض والحيوان وهو مفهوم قوله كالدور فانه يوقف تحت يد امين كما ياتي ، وقوله وهي ضمير عائد على ثالثة ، وقوله شهادة بقطع احترز

به من شهادة السماع فانه لا ينتزع بها من يد حائز وفي ارتضي ضمير يعود على قطع نائب فاعل والجملة من الفعل ونائبه صفة لقطع اي شهادة بقطع مرتضى لكونه بعدلين مقبولين . وقوله المطلوب يجوز فيه ما مر وهو ان يكون المراد به المدعى عليه ويجوز ان يكون صفة لموصوف محذوف اي في الشيء المطلوب وتكون من بمعنى في او من الامر المطلوب خصوصا اذا كان المتنازع فيه امة . وقوله فلا غنى الخ جواب حيث لتضمنها معنى الشرط ثم شرع في بيان السبب الثاني وكيفية التوقيف به فقال

(وشاهد عدل به الاصل وقف * ولا يزال من يد بها الف)

(وباتفاق وقف ما يفاد * منه اذا ما امن الفساد)

يعني ان من ادعى ملكية اصل تحت يد غيره وشهد له به عدل واحد وامتنع من الحلف مع شاهد لرجائه ان له شاهدا آخر فان الشيء المتنازع فيه يوقف وكيفية وقفه ان يؤمر المطلوب بعدم تفويته ببيع ونحوه ومن تغيير حاله وهو معنى قوله ولا يزال من يد بها الف ومثل توقيف الاصل توقيف غلته اذا كانت لا تفسد كتمر وزيتون فان لم يؤمن فسادها بطول الزمن او كانت كبرقوق وتفاح بيعت ووقف ثمنها تحت يد امين كما ياتي (ثم) اخذ يتكلم على السبب الثالث وكيفية التوقيف به وحكى ما يسرع له الفساد فقال

(وحيثما يكون حال البينه * في حق من يحكم غير بينه)

(يوقف الفائد لا الاصول * بقدر ما ستكمل التعديل)

(وكل شيء يسرع الفساد له * وقف لا لان يرى قد دخله)

(والحكم بيعه وتوقيف الثمن * ان خيف في التعديل من طول الزمن)

يعني اذا شهد للمدعي شاهدان لا يعرف القاضي عدالتهما ولا جرحتهما وكان المدعى

فيه اصلا فانه لا يوقف وانما توقف فائدته الى ان يعدل المشهود له الشهود ويضرب له اجل لتعديلهم بقدر ما يحصل به التعديل باجتهاد الحاكم فاذا تم تعديلهم وقف الاصل ايضا الى تمام اجل الاعذار كما تقدم ومحل توقيف فائدته اذا كانت غير غلة بان كانت كراء اما اذا كانت غلة فان امن فسادها فكذلك كما مر وان لم يؤمن فسادها كالفواكه الرطبة والخضر وكذلك غير الغلة كاللحم فانه ينظر فيه فان رجي حصول ما لا يتم الحكم إلّا به من تعديل واعذار قبل فساده وقف كذلك وان خيف فساده قبل ذلك بيع ووقف ثمنه عند امين والى هذا اشار الناظم بقوله وكل شيء يسرع الفساد له وقف لا لان يرى قد دخله البيتين ٠ وقوله لان اللام بمعنى الى ويجوز في ان كونها مصدرية وهي وما بعدها في تاويل مصدر والتقدير وكل شيء يسرع الفساد له وقف لرؤية عدم الفساد فيه الى رؤية دخول الفساد فيه ثم قام يتكلم على السبب الرابع من اسباب التوقيف وكيفية التوقيف به لاقامة البينة على عينه وهو اخذ وجهين في المسئلة فقال

(والمدعي كالعبد والنشدان * ثبوته قام به برهان)
(او السماع ان عبده ابق * ان طلب التوقيف فهو مستحق)
(بخمسة او فوقها يسيرا * حيث ادعى بينة حضورا)
(وان تكن بعيدة فالمدعى * عليه ما القسم عنه ارتفعا)
(كذاك مع عدل بنشدان شهد * وبعد باقيهم يمينه تُرد)

الابيات الخمسة يعني ان من اعترف عبدا او غيره من العروض والحيوان وقامت له بينة تامة تشهد له بالنشدان والتفتيش على ذلك العبد مثلا او شهد له بالسماع ان عبده ابق وهرب وطلب التوقيف ليأتي ببينة تشهد له به فان كان يدعي ان بينته حاضرة او في حكم الحاضرة فانه يجاب لمطلبه ويكون التوقيف مستحقا له بحكم الشرع الى خمسة ايام او اكثر الى الجمعة عند سحنون وعند ابن القاسم باجتهاد الحاكم بدون

تحديد وان كانت البينة غائبة وليست بحكم الحاضرة فلا يجاب الى التوقيف ويحلف المطلوب انه لا يعلم للطالب فيه حقا ويبقى المدعى فيه بيده حتى ياتي القائم ببينته بدون كفيل وكذا الحكم ان قام له بالنشدان والبحث شاهد واحد عدل وزعم ان له شاهدا آخر به غائبا او اكثر من واحد على بعد فلا توقيف ايضا بل يحلف المطلوب ويبقى بيده كذلك (الوجه الثاني) الذي لم يتعرض له الناظم وهو ان من ادعى عبدا مثلا بيد رجل واقام شاهدا عدلا او بينة سمعت ان عبده سرق له او هرب له واراد وضع قيمته ليذهب به الى بلد قاض ءاخر يشهد له على عينه اجيب الى ذلك لقول مالك رضي الله عنه في المدونة من ادعى عبدا بيد رجل واقام شاهدا عدلا يشهد على القطع او اقام بينة يشهدون انهم سمعوا ان عبده سرق له مثل ما يدعي وان لم تكن شهادة قاطعة وله بينة ببلد ءاخر فسال وضع قيمة العبد ليذهب به الى بينة ليشهدوا عليه عند قاضي تلك البلدة فذلك له وان لم يقم شاهدا ولا بينة على سماع ذلك وادعى بينة قريبة بمنزلة اليومين والثلاثة فسال وضع قيمة العبد ليذهب به الى بينة لم يكن ذلك له ابن القاسم فان قال اوقفوا العبد حتى ءاتي ببينتي لم يكن ذلك له إلّا ان يدعي بينة حاضرة على الحق او سماعا يثبت به دعواه فان القاضي يوقف العبد ويوكل به حتى ياتي ببينة فيما قرب من يوم فان جاء ببينة او سماع وسال ايقاف العبد لياتي ببينة فان كانت بينة بعيدة وفي ايقافه ضرر استحلف القاضي المدعى عليه واسلمه اليه بغير كفيل انتهى وفي ابن مرزوق ونفقة العبد في الايقاف على من يقضى له به، وظاهر النظم ونص المدونة انه اذا لم يكن شاهد ولا بينة سماع فلا يوقف بمجرد الدعوى وهو كذلك على المشهور وقيل يجاب لمطلبه بمجردها ويضع قيمته اذا اراد الخروج به لبينته وسواء كان البلد الذي فيه البينة قريبا او بعيدا ويضرب له القاضي اجلا بقدر ما يوصله الى ذلك البلد ويرده وما يقيم فيه ببينته فان لم يات تلوم له فان لم يات حكم عليه واخذ المدعى عليه القيمة كما ياخذها اذا هلك في ذهابه وبهذا جرى العمل (فان ثبت) عند قاضي البلد الذي سافر اليه انه عبده انهى للقاضي الاول انه ثبت عندنا ان هذا العبد

لمدعيه واستحقه واخذ القيمة الموضوعة عند القاضي ما لم يعارضه المدعى عليه ببينة تشهد له بالملكية ايضا فان عارضه ببينة تشهد له به وتكافات البينتان رد الحوز ليد المدعى عليه لسقوطهما كما مر و ياخذ المدعي القيمة التي وضعها فقط وكذا ان لم يثبت انه عبده . وقول المدونة واقام شاهدا عدلا يشهد على القطع اي بان عبده سرق او ابق . وقوله ما القسم عنه ارتفعا كقول ابن القاسم فان لم يحلف وقف على نحو ما تقدم قال التسولي وظاهره كظاهر المدونة ان اليمين تتوجه عليه سواء كانا ببلد واحد او احدهما طارئا وليس كذلك لانه اذا ادعى الطارىء على المقيم قال المقيم انت لا تدعي علي معرفة ذلك وكذا العكس فلا يحلف احدهما للاخر في طرق احدهما كما في التبصرة انتهى (قلت) وعليه لو ادعى احدهما على الاخر المعرفة وكان ممن يظن به ذلك لتوجهت عليه اليمين والله اعلم . وقوله والنشدان بكسر النون مصدر وتقدم معناه وبرهان اي حجة تامة كما بيناه وابق بفتح الباء الموحدة وكسرها اي هرب ومستحق بفتح الحاء وكسرها اسم مفعول او اسم فاعل خبر عن هو الذي هو مبتدا والضمير تابع للمعنى فاما ان يكون عائدا على التوقيف وأما ان يكون عائدا على المدعي هذا اذا كان المدعى فيه غير امة اما اذا كان امة فلا بد من الحيلولة بينهما وبين المدعى عليه طلبها المدعي او لم يطلبها إلّا اذا كان امينا فان طلب التوقيف كغيرها حيلت و إلّا فلا يجب على القاضي ذلك . وقوله وبعد بضم اوله وضمير باقيهم يعود على الشاهدين به وترد بفتح اوله وكسر ثانيه من الورود وفيه ضمير مستتر تقديره هي يعود على اليمين (تنبيهان) الاول سئل سيدي عبد القادر الفاسي عمن اعترف دابة واراد ان يقيم البينة على عينها فقال له من بيده الدابة ضع قيمتها وخذها فما وجد ما يضع فيها فهل يكفيه ضامن المال او ضامن الوجه (فاجاب) واما الدابة التي اراد المستحق ان يذهب بها فانها تقوم بقيمتها وتوضع تلك القيمة تحت يد امين فاذا قال ليس عندي قيمة واراد ان يعطي ضامنا بها قال ابن عبد الرفيع ليس له ذلك إلّا ان يرضى من وجدت بيده انتهى (الثاني) قال الحطاب عند

قول صاحب المختصر والغلة له للقضآء (فرع) قال بعض العلماء اذا الزم المدعى عليه باحضار المدعىَ فيه لتشهد عليه البينة فان ثبت الحق فالمؤنة على المدعى عليه لانه مبطل ملح وإلّا فعلى المدعي لانه مبطل في ظاهر الشرع ولا تجب اجرة تعطيل المدعى به في مدة الاحضار لانه حق للحاكم لا تتم مصالح الحكام إلّا به انتهى (قلت) وبهذا يبطل ما استظهره التسولى من لزوم اجرة التعطيل على المدعي وقوله (فصل) اي هذا فصل في ذكر النوع الرابع من انواع الشهادات وهي الشهادة التي توجب اليمين على المطلوب ولا توجب الحق للطالب واليها اشار بقوله

(رابعة ما تلزم اليمينا * لا الحق لاكن للمطالبينا)

(شهادة العدل او اثنتين في * طلاق او عتاق او قذف يفي)

(وتوقف الزوجة ثم ان نكل * زوج فسجن ولعام العمل)

(وقيل للزوجة اذ يدين * تمنع نفسها ولا تزين)

الابيات الاربعة يعني انه اذا شهد عدل واحد او امراتان عدلتان بطلاق او عتق او قذف فالعمل في ذلك ان زوجة المشهود عليه بالطلاق توقف بالحيلولة بينها وبينه ويؤمر بالحلف اذا انكر الطلاق لرد الشهادة فان حلف برئ ولا يلزمه شيء مما نسب اليه وان نكل عن اليمين قيل تطلق عليه في الحال وقيل لا بل يسجن ويطال سجنه العام وهو القول الذي رجع اليه مالك وجرى به العمل عند القضاة كما في النظم فان تمادى على نكوله اطلق ويوكل الى ديانته وتومر زوجته بان تمنع نفسها منه ولا تتزين ولا تمكنه من نفسها إلّا باكراه واذا قدرت على الافتداء منه افتدت ولو بجميع مالها خير من البقاء معه على الزنى قال بعض العلماء هذا اذا كان الطلاق الذي ادعته بائنا اما اذا كان رجعيا فالظاهر انه لا يحال بينهما لانه قد يطؤها بنية الارتجاع وذلك حلال له لان الاشهاد عليه ليس بشرط . وانظر اذا تعذر سجن العام لموجب هل تطلق عليه في الحال كما قال الامام اولا او يوعض ثم يوكل الى ديانته

وهو الظاهر لم ار في ذلك نصا والله اعلم ، وقوله او عتاق او قذف ما قيل في الطلاق يقال فيهما من السجن الطويل اذا انكر المشهود عليه العتق او القذف قال محمد بن عياض رحمه الله رايت بخط الشيخ ابي رحمه الله قال قال الداودي فيمن ادعى على رجل انه شتمه فان كان يعرف بينه وبينه مشاررة حلف له و إلّا سجن حتى يحلف او يقر وان لم يكن بينه و بينه ذلك فلا شيء عليه إلّا ان يقيم بينة ورايت بخطه ايضا قال ابن ابي مريم كنت اقول فيمن اقامت عليه امرأته شاهدا بالطلاق فنكل عن اليمين بقول ابن القاسم حتى وجدت حديث النبيء صلى الله عليه وسلم وهو من رواية عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده اذا ادعت المرأة طلاق زوجها وجاءت على ذلك بشاهد عدل واحد استحلفت زوجها فان حلف بطلت عنه شهادة الشاهد وان نكل فنكوله بمنزلة شاهد ءاخر وجاز طلاقه قال ابن ابي مريم فاخذت به وهي رواية اشهب عن مالك وبه ءاخذ فان نكل ثم اراد ان يحلف بعد لم يكن له ذلك اه من الجزء العاشر من المعيار وجملة يفي صفة لقذف ، وفهم من تخصيصه الحكم بهاته الثلاثة ان غيرها مما لا يثبت إلّا بعدلين لا يجري فيه هذا الحكم وانه لا يمين بمجرد الدعوى لقول مالك رضي الله تعلى عنه ولو جاز هذا للنسآء والعبيد لم يشأ عبد إلّا حالف سيده ولا امرأة إلّا حلفت زوجها كل يوم ، وقوله رابعة ما تلزم اليمينا البيت ما اسم موصول واقع على الشهادة وتلزم بضم اوله من الزم الرباعي بمعنى توجب واليمين مفعوله ولا عاطفة والحق معطوف على اليمين ولاكن حرف استدراك وابتدآء لا عاطفة لعدم وجود شرطها الذي هو تقدم النفي او النهي وللمطالبين بفتح اللام الاخيرة واللام الاولى بمعنى على والجار والمجرور متعلق بمحذوف دل عليه ما قبله اي لاكن تلزمها للمطلوب لا للطالب كما في النوع الثاني من انواع الشهادات وتزين بفتح اوله فعل مضارع أصله تتزين بتاءين حذفت احداهما للتخفيف (فصل) اي هذا فصل في ذكر النوع الخامس من انواع الشهادات وهي الشهادة التي لا توجب شيئا لاحد المتخاصمين او عليه البتة وانما ذكرت مع غيرها مما يوجب شيئا ولو في الجملة كالتنبيه واليه اشار بقوله

(خامسة ليس عليهـا عمل * وهي الشهادة التي لا تقبل)

(كشاهد الزور والابن للاب * وما جرى مجراهما مما ابي)

يعني ان شهادة شاهد الزور لا تقبل لعدم العدالة وشهادة الابن للاب لا تقبل للتهمة وما جرى مجراهما مما ابي اي منع فمما جرى مجرى شاهد الزور فاقد العقل او الحرية او البلوغ في غير مسئلة الصبيان وعموم اجتناب الكبائر وقد تقدم الكلام عليها عند قوله وشاهد صفته المرعية الابيات الثلاثه ومما جرى مجرى شهادة الابن للاب ظهور العداوة الدينوية وتهمة الجر والدفع ونحوها مما تقدم ايضا (وفي) حاشية المهدي (تتمة) يكفي في رد الشهادة استرابة القاضي لها وحده ففي احكام ابن سهل ما نصه وفي احكام ابن زياد في رجل تردد على القاضي مشتكيا برجلين عدلين حينا ثم قام على المشتكي بهما رجل بدعوى فساله القاضي بينة على دعواه فقال يشهد لي شاهدان وسمى ذينك الرجلين الذين تشكاهما المطلوب وتظلم منهما فقال له القاضي هل لك غيرهما فقال لا فاستراب القاضي ذلك وسأل الفقهاء عنه فقالوا التثبت في الشهود من اولى الاشياء واحقها لما ظهر من كثير من الناس من الشهادة بغير الحق والذي استرابه القاضي وفقه الله مستراب إلّا في العدول المبرزين في العدالة المعروفين بالخير واستقامة الطريقة على طول الايام ومرور المدد انتهى (قلت) لا مانع من كون المشتكي هو المستراب وكثيرا ما يقع في هذا الزمان وقد شاهدنا ذلك مرارا عديدة وعلى كل حال لما كانت القضاة في وقتنا هذا لا يستندون لعلمهم في شيء وهو الا حوط بهم وبالناس فان النازلة التي تقع مثل هذه تجري مجراها على ما يقتضيه القانون الشرعي من الاعذار فيها بالوجه الذي يجرحان به بحسب الظاهر والله الموفق للصواب وقوله

فصل في شهادة السماع

قال الامام ابن عرفة شهادة السماع لقب لما يصرح الشاهد فيه باسناد شهادته لسماع من غير معين انتهى فتخرج شهادة البت والنقل اي تخرج شهادة البت بقوله باسناد شهادته لسماع وتخرج شهادة النقل بقوله من غير معين وسميت بذلك لان المنقول عنه يقول للناقل أشهد على شهادتي . وهل شهادة السماع ترجع الى النوع الاول من انواع الشهادات الخمس بناء على انها توجب حقا بلا يمين او الى النوع الثاني بناء على انها توجب حقا بيمين او هي غير داخلة فيها ويكون على الناظم درك في اسقاطها من التقسيم تردد . وعن ابن رشد ان لشهادة السماع ثلاث مراتب (الاولى) تفيد العلم واليقين وهي المعبر عنها بالتواتر كالسماع بان مكة موجودة فهي بمنزلة الشهادة بالرؤية وغيرها مما يفيد العلم (الثانية) شهادة الاستفاضة وهي تفيد ظنا يقرب من القطع ويرتفع عن السماع مثل الشهادة بان عبد الرحمان هو ابن القاسم والهلال اذا رءاه الجم الغفير من اهل البلد فالشهادة المستندة اليه في هاتين المرتبتين تكون على البت لا بالسماع (الثالثة) شهادة السماع التي لم يبلغ الخبر فيها مبلغ العلم او مبلغ الظن القوي وانه لا يجوز فيها الجزم كالمرتبة الاولى والثانية بل يصرح فيها شهودها بالسماع وهي المصطلح عليها عند الفقهاء بحيث اذا اطلقت عندهم لا تنصرف إلّا اليها ولا تجوز إلّا في مواضع مخصوصة بصفة مخصوصة وشروط لا تصح إلّا بها لانها جاءت على خلاف قول الله تعلى وما شهدنا إلّا بما علمنا وانما قبلت للضرورة اليها لان طول الزمان مظنة هلاك الشهود وقد ذكر الناظم من تلك المواضع المخصوصة عند الفقهاء تسعة عشر موضعا واليها اشار بقوله

(واعملت شهادة السماع * في الحمل والنكاح والرضاع)

(والحيض والميراث والميلاد * وحال اسلام او ارتداد)

(والجرح والتعديل والولاء * والرشد والتسفيه والايصاء)
(وفي تملك لملك بيد * يقام فيه بعد طول المدد)
(وحبس جاز من السنين * عليه ما يناهز العشرين)
(وعزل حاكم وفي تقديمه * وضرر الزوجين من تتميمه)

الابيات الستة يعني ان شهادة السماع تجوز ويعمل بها في ثبوت الحمل وصفة الشهادة فيه كغيره مما عطف عليه ان يقول الشهود سمعنا سماعا فاشيا مستفيضا على السنة اهل العدل وغيرهم ان الامة فلانة حملت من سيدها فلان حملا ظاهر لا خفاء فيه فتصير بذلك ام ولد ان ادعت سقوطه وتصدق في ذلك ان مات سيدها اوكان حيا واقر بوطئها فان انكر وطئها فلا ينفعها ذلك ٠ وفي ثبوت اصل النكاح وقع التداعي فيه من رجل او امراة حيث كانت المراة في دعوى الرجل تحت يده وفي حوزه او ليست بيد احد فان كانت بيد احد بالزوجية لم يعمل ببينة السماع لانه لا ينزع بها من يد حائز قاله البرزلي ٠ وفي ثبوت الرضاع لتقع به الحرمة حيث كانت الشهادة قبل العقد عليها وإلّا فلا تؤثر شيئا لان شهادة السماع لا ينتزع بها من يد حائز كما ياتي قريبا ٠ وفي ثبوت الحيض ليثبت البلوغ والخروج من العدة فتنبني عليه احكامهما وفي ثبوت الميراث ان لم يكن له وارث ثابت النسب وإلّا فلا يعمل بها كما لا يعمل بها في المناسخات (وصفة العمل في هذا) الحمد لله يعرف شهوده الاتي ذكرهم فلانا معرفة صحيحة تامّة ويشهدون انهم سمعوا سماعا فاشيا مستفيضا على البيّنة اهل العدل وغيرهم انه ابن عم فلان المعروف عندهم المعرفة التامة يجتمع معه في جده فلان ويعلمون انه توفي منذ كذا فاحاط بميراثه زوجته فلانة وابن عمه فلان المذكور لا يعلمون له وارثا ولا عاصبا سوى من ذكر وقيدوا الخ ٠ وفي ثبوت الولادة لتخرج من العدة وتصير به الإمة ام ولد وتخرج من الاستبراء ٠ وفي ثبوت اسلام الكافر وكفر المسلم لتنبني عليهما احكامهما من ارث وعدمه ٠ وفي ثبوت جرحة الشاهد

فترد شهادته والتعديل فتقبل حيث لم يدرك الشهود زمن الذي جرحوه او عدلوه فان ادركوا زمنهما فلا بد من شهادة القطع وإلّا فلا يعمل بها قاله ابن سلمون وبه تعلم سقوط قول من قال من اهل العصر في فتواه بغير نص ولو خارج المذهب ان الشاهد اذا مات لا يجرح فيه فهو كلام بعيد لا يلتفت اليه المرء يعلم ان الروات يجرحون بعد الممات لينبذ ما قالوه من الروايات فكيف لا يكون ذلك في باب الشهادات ، وفي ثبوت الولاء المشهور الشائع حيث شهدت البينة انه مولاه لتجري عليه احكام الولاء ، وفي ثبوت الرشد فتمضي افعاله ، وفي ثبوت التسفيه فترد افعاله ، وفي ثبوت الايصاء مطلقا سواء كان بالنظر على الاولاد فتجري عليه احكام التصرف في مالهم او بالمال كالهبة ، وفي استمرار تملك الملك بيد انسان يقام عليه فيه بعد مدة طويلة كعشرين سنة او قربها على ما به العمل وذلك فيما اذا قدم انسان من المغيب او بلغ الصبي مثلا واثبت بعد ذلك ان الملك له قد انجر له من ابيه او جده واثبت الموت والوراثة وتناسخ الوراثات ان كان ثم تناسخ فقال الذي بيده الملك انه اشتراه من قوم قد انقرضوا وانقرضت البينة واتى ببينة تشهد على السماع بانه اشتراه من ابي القائم او جده فان هاته الشهادة تنفعه ويبقى الملك بيده ، وفي ثبوت حبس بيد مدعيه او لم يكن تحت يد احد وقد مضى عليه زمن طويل يقارب عشرين سنة (وصفة العمل فيها) كما في ابن عرضون الحمد لله يعرف شهوده الاتي ذكر اسمائهم عقب التاريخ جميع الدار مثلا التي بموضع كذا يحدها كذا ويشهدون مع ذلك بانهم لم يزالوا يسمعون سماعا فاشيا مستفيضا على السنة اهل العدل وغيرهم ان جميع الدار المذكورة المحدودة حبس على كذا ويعلمون انها تحاز بما تحاز به الاحباس وتحترم بحرمتها واتصل ذلك في علمهم حتى الان ويحوزونها بالوقوف عليها متى دعوا الى ذلك وقيدوا بذلك شهادتهم مسؤلة منهم ، وان كان حبسا خاصا بالعقب وان الزوجة لا تدخل فيه زدت وانهم يعرفون ان من مات منهم لا تدخل في نصيبه زوجته وتهلك ابنة الميت فلا يدخل ولدها في ذلك ولا زوجها وان ضمنت اقرار

الساكنين فيها بان سكناهم فيها على وجه الحبس فهو اتم انتهى وقوله ويعلمون انها تحاز بما تحاز به الاحباس الخ هكذا تكون على القطع فان ادخلت تحت السماع بطلت على القول المعمول به (فرع) قال في الكافي والشهادة على السماع عاملة في ان بني فلان لم يكن لهم دخل في حبس فلان انتهى (تنبيه) وفي الغرناطي الاسترعاء بمعرفة الحبس لا بد ان تذكر فيه يحاز بما تحاز به الاحباس وانه يحترم باحترامها ولا تذكر المحبس له لئلا يكلف القائم بالحبس اثبات موت المحبس وتناسخ ورثاته وملكه له انتهى ومثله في نوازل البرزلي . وقولنا بيد مدعيه احتراز عما اذا كان بيد مدعي ملكيته وانكر الحبسية فان بينة الحبس بالسماع لا تفيده لانه لا ينتزع بها من يد حائز على القول المشهور المعمول به كما مر . واعملت في عزل حاكم فلا يمضي حكمه وفي ثبوت تقديمه فيمضي حكمه . وفي ثبوت ضرر الزوج بزوجه لينبني عليه الزجر والطلاق ورد الخلع كما هو مبين في موضعه (وصفة العمل في ذلك) الحمد لله يعرف شهوده الاتي ذكرهم فلانا بن فلان وفلانة بنت فلان معرفة تامة ويعلمون بالسماع الفاشي المستفيض على السنة اللفيف من النساء والجيران وغيرهم ان فلانا الزوج المذكور لم يزل يضر بزوجه المذكورة في نفسها ومالها ويسيء عشرتها ويتكرر ذلك لها منه المرة بعد المرة من غير ذنب تستوجب به ذلك ولا يعلمون انه رجع عن ذلك بوجه الى الان الخ قاله ابن سلمون (وزيد) على ما ذكره الناظم مواضع اخر تجوز فيها شهادة السماع وهي حل النكاح بطلاق او غيره والاباق واللوث بان يقولوا سمعنا سماعا فاشيا ان فلانا قتل فلانا والاعسار والعتق والاسر اي ان فلانا اسره العدو والهبة والحرابة بان يقولوا سمعنا سماعا فاشيا مستفيضا من اهل العدل وغيرهم ان فلانا محاربا وكذا في الرهن قاله الحطاب وقد نظمتها فقلت

والحل للنكاح والاباق * واللوث والاعسار والعتاق
والاسر والهبة والحرابه * والرهن منها فاعلم الاصابه

وانهاها بعضهم الى نيف وستين لاكن لما كان فيها تداخل كما في ابن مرزوق اقتصرت

على هذا القدر ومن اراد الزيادة على هذا فليراجع شرح الشيخ التاودي (ولما) فرغ من ذكر المواضع التي تجوز فيها شهادة السماع شرع في بيان شروط صحتها فقال

(وشرطها استفاضة بحيث لا * يحصر من عنه السماع نقلا)

(مع السلامة من ارتياب * يفضي الى تغليط او اكذاب)

(ويكتفي فيها بعدلين على * ما تابع الناس عليه العملا)

الابيات الثلاثة ذكر فيها لصحة شهادة السماع اربعة شروط (الاول) الاستفاضة والمراد بها هاهنا ان يكون المنقول عنه غير معين ولا محصور لا الاستفاضة المتقدمة المنقولة عن ابن رشد (الثاني) عدم تسمية المنقول عنه كما نبه عليه بقوله بحيث لا يحصر بقية البيت (الثالث) انتفاء الريبة والتهمة كان يشهد اثنان بالسماع وفي القبيل والبلد مائة او اكثر من اسنانهما لا يعرفون شيئا من ذلك لم تقبل لغلطهما او كذبهما إلّا ان يكونا شيخين كبيرين قد باد جيلهما فتقبل لسلامتها من ريبة الغلط او الكذب (الرابع) تعدد الشهود اثنان فاكثر واقل ما يجزيء فيها عدلان على القول المعمول به وقيل لا يجزيء فيها اقل من اربعة شهود اما العدل الواحد فلا يجزيء فيها اتفاقا لضعف اصلها . وقد زيد عليها شروط اربعة طول المدة في جميع افرادها ما عدى ضرر الزوجين كما في ابن رحال ولا يجب في الشهادة بيان مدة السماع على ما جرى به العمل عند غير واحد من الموثقين كما في المتيطية . وصفتها قال الامام ابن عرفة الباجي وشرط شهادة السماع ان يقولوا سمعنا سماعا فاشيا من اهل العدل وغيرهم وإلّا لم تصحح انتهى والاستفاضة هي الفشو كما في ابن عاشر وقيل الجمع فيها بين اهل العدل وغيرهم ليس شرطا والعمل على الاول (قلت) لعل العمل على الأول في غير ضرر الزوجين . وان تكون لمن الشيء تحت يده كما مر عند قوله وحبس جاز من السنين البيت وقد يستفاد هذا من قول الناظم وفي تملك لملك بيد الخ (قال) الشيخ عظوم القيرواني في المباني اليقينية شهادة السماع على

ارض او دار في يد غير المشهود له بها فلا تنزع من هذا ليتمكن منها القائم بمجرد شهادة السماع إلّا ان يشهد العدول على البت او انهم سمعوا من العدول او اشهدهم بذلك العدول فيكون هذا من باب النقل الصحيح إنتهى (قلت) قوله فيكون هذا من باب النقل الصحيح ظاهر فيما اذا اشهدهم العدول بذلك اما اذا لم يشهدوهم بذلك فهي مسئلة شهادة السماع فلا بد من استفاء شروطها ، وفي حاشية الشيخ المهدي قال الشيخ الرماصي المالكية مطبقون على التعبير بانه لا ينزع بها من يد حائز وانما تجوز للحائز وتحليف المشهود له على ما قال بعضهم لان السماع ضعيف فلا بد معه من اليمين ولا يقال لعل السماع وقع من شاهد واحد فلهذا وجبت اليمين لانه لو كان كذلك لاقتضى خروج ما لا يثبت إلّا بشاهدين قاله الزرقاني ، وقوله لا يحصر من عنه السماع نقلا البيت لا نافية ويحصر فعل مضارع مبني للنائب ومن اسم موصول نائب فاعل والسماع مبتدا وجملة نقلا من الفعل ونائب الفاعل المضمر العائد على المبتدا خبره وعنه جار ومجرور متعلق بنقلا والفه للاطلاق والجملة من المبتدا والخبر ومتعلقه صلة من لا محل لها من الاعراب والرابط بين الصلة والموصول ضمير عنه (وقوله)

f. 30/31 B

فصل في مسائل من الشهادات

ذكر الناظم في هذا الفصل اربع مسائل القيام بالشهادة الناقصة والاستظهار بالبينة بعد انكار المدعى عليه الدعوى وتعارض البينات وكيفية العمل في الشيء اذا ادعاه شخصان فالاولى قوله

(ومن لطالب بحق شهدا * ولم يحقق عند ذاك العددا)
(فمالك عنه به قولان * للحكم في ذاك مبينان)
(الغاؤها كانها لم تذكر * وترفع الدعوى يمين المنكر)

(او يلزم المطلوب ان يقرا * ثم يؤدي ما به اقـــــرا)

(بعد يمينه وان تجنبا * تعيينا او عين والحلف ابي)

(كلف من يطلبه التعيينا * وهو له ان اعمل اليمينا)

(وان ابي او قال لست اعرف * بطل حقه وذاك الاعرف)

(وما على المطلوب اجبار اذا * ما شاهدوا في اصل ملك هكذا)

الابيات الثمانية يعني ان من شهد لرجل مثلا بحق على آخر وكان مما يعد ولم يحقق عدده وقت اداء الشهادة ففي الغاء شهادته واعمالهـا قولان منقولان عن الامام مالك مبينان للحكم في الذي شهد الشهادة المذكورة اي في شهادته (احدهما) الغاؤها لكونها كالعدم وعلى المطلوب المنكر يمين يرفع بها دعوى المدعي على الاصل وله قلبها على الطالب (وثانيهما) ان يكلف المدعى عليه بتعيين ما في ذمته لوجود قرينة قوية عند المدعي فان عين قدرا حلف عليه واداه وان لم يعين شيئا او عين وامتنع من الحلف هدد فان استمر على ابايته قيل للطالب عين مالك عليه فان عين قدرا وكان مما يشبه حلف عليه ويلزم المطلوب ما عينه وان لم يعين شيئا او عين وابى الحلف بطل حقه والقول الاول هو الاعرف لاكن القول الثاني هو الذي به القضاء وتقدمت الاشارة اليه عند قول الناظم والمدعى فيه له شرطان ٭ واعترض على الناظم بان كلامه مخالف للنقل حيث اشار الى ان المدعى عليه يكلف بالاقرار اذا اباه قبل ان يؤمر المدعي بالتعيين وليس كذلك بل لا يكلف إلّا اذا امتنع الطالب من التعيين لعدم علمه بقدر الحق فقد نقل عن ابن يونس عن ابن حبيب عن مالك انه اذا جحد المطلوب قيل للطالب ان عرفته فاحلف عليه وخذه فان قال لا اعرفه وضاعت كتب محاسبتي او اعرفه ولا احلف فيسجن المطلوب حتى يقر بشيء ويحلف عليه فان اقر بشيء ولم يحلف اخذ منه وحبس حتى يحلف اه فلم يبطل حق الطالب اذا قال لا احلف او قال لست اعرفه (قلت) فلو قال ظم عقب قوله وترفع الدعوى البيت

او يؤمر الطالب بالتبيين * ويستحقه مع اليمين
فان ابى من البيان والحلف * الزم مطلوب بان قد يعترف
فان بشيء قد اقر لزمه * بعد يمينه عليه فاعلمه
فان ابى من كل ما قد وصفا * سجنه القاضي الى ان يحلفا
والاول اختيار بعض من مضى * والثاني اولى وبه جرى القضا

لكان نصا في المسئلة هذا كله اذا كانت الشهادة في الحقوق المالية المتعلقة بالذمة اما اذا كانت في معين كحصة من دار مثلا فانه يكلف المطلوب بتعيينه فان ابى او عينه وامتنع من الحلف فانه يحال بينه وبين الدار حتى يحلف فان اقر بشيء منها اخذ منه ووقف الباقي وهكذا الى ان يحلف كما تقدم في الدعوى ، وقوله وما على المطلوب اجبار يعني لا يجبر بالسجن كما في المسئلة الاولى على ما في النقل وهو مفهوم من قوله او يلزم والالزام لا يكون إلّا بذلك بل يجبر بالحيلولة كما قررنا به كلامه ، وقوله ومن لطالب الخ من بفتح الميم اسم موصول بمعنى الذي تضمن معنى الشرط وذاك اشارة لوقت اداء الشهادة وجملة فمالك عنه الخ جواب الشرط وضمير عنه يرجع لمالك وضمير به يرجع للفرع المسؤول عنه وذاك الثاني اشارة الى من ومبينان يجوز فيه كسر الياء وفتحها صفة لقولان والغاؤها بدل من قولان بدل مفصل عن مجمل وهو القول الاول ويمين بالرفع فاعل ترفع ، وقوله او يلزم او حرف عطف ويلزم بضم اوله وفتح ما قبل اخره فعل مضارع مبني للنائب منصوب بان مضمرة جوازا لوقوعها بعد عاطف مسبوق باسم خالص على حد قول الله عز وجل وما كان لبشر ان يكلمه الله إلّا وحيا او من وراء حجاب او يرسل رسولا في قراءة من قرأ من السبعة بنصب يرسل فان المحذوفة وما دخلت عليه في تاويل مصدر عطف على قوله الغاؤها اي الغاؤها او الزام المطلوب ، وقوله المطلوب نائب فاعل وقوله والحلف بفتح الحاء وسكون اللام وذاك الاعرف اشارة الى الاول لا للقول الثاني لانه لو اراد الثاني لقال وهذا الاعرف وانما حمله الشارح على الثاني ليكون موافقا لما به القضاء

(والثانية) قوله

(ومنكر للخصم ما ادعاه * اثبت بعد انه قضاه)
(ليس على شهوده من عمل * لكونه كذبهم في الاول)

يعني ان من قام لدى القاضي بدعوى دين مثلا على ءاخر فاجاب المدعى عليه بالانكار فلما استظهر المدعي بالبينة ورأى المدعى عليه من نفسه العجز عن الطعن فيها او تذكر ان له بينة عليه في ذلك رجع عن انكاره واعترف بالدين وادعى انه كان قضاه له وله بينة تشهد بذلك فالعمل على عدم سماع بينته على الاشهر لكونه اسقطها بانكاره ولان كل من اضطرب كلامه وتناقضت مقالته سقطت دعواه وحجته اذ لا فرق في هذا بين المدعي والمدعى عليه ، وظاهر النظم ان بينته لا تنفعه مطلقا سواء كان عالما بان ذلك يضره اولا وسواء نفى اصل المعاملة او نفى الدين فقط وسواء كانت الدعوى في الاصول والحدود او في غيرهما وليس كذلك بل المسئلة فيها تفصيل (ففي) الحطاب عند قول صاحب المختصر وان انكر القبض فقامت البينة فشهدت بينة بالتلف ما نصه قال ابن فرحون في الباب السادس والخمسين من القسم الثاني من تبصرته من ادعى على رجل دينا من سلف او قراض او وديعة او بضاعة او رسالة او رهن او عارية او هبة او صدقة او حق من الحقوق فجحد ان يكون عليه شيء من ذلك فلما خاف ان تقوم عليه البينة اقر وادعى فيه وجها من الوجوه يريد اسقاط ذلك عن نفسه لم ينفعه ذلك وان قامت له البينة على ما زعم اخيرا لان جحوده اولا اكذب البينة فلا تسمع وان كانوا عدولا (تنبيه) وكذلك الحكم ان لم يقر ولاكن قامت بذلك بينة فاقام هو بينة ايضا على رد السلف او الوديعة او القراض او البضاعة او الرسالة او على هلاك ذلك فلا ينفعه لانه بانكاره مكذب لذلك كله هذا قول الرواة اجمعين ابن القاسم واشهب وابن وهب ومطرف وابن الماجشون (فرع) واما ان قال ما لك علي سلف ولا ثمن سلف ولا لك عندي وديعة ولا قراض ولا بضاعه فلما ثبت ذلك قبله بالبينة اقر بذلك وزعم انه رد الوديعة والسلعة او غير ذلك مما يدعى عليه او

ادعى هلاكه واقام على ذلك بينة فهنا تنفعه البراءة لان قوله ما لك شيء يريد في وقته هذا واما في الصورة الاولى اذا قال ما اسلفتني ولا اودعتني فليس مثل قوله هنا ما لك علي سلف (قال) ابن حبيب وهذا مما لا اعلم فيه خلافا عند الرواة إلا اني رايت في كتاب الاقضية من السماع شيئا يخالف هذا واظن له وجها يصحح معناه ان شاء الله وذلك انه سئل مالك عن رجل بعث معه رجل بعشرين دينارا يبلغها الى الجار والجار موضع وكتب اليه كتابا واشهد عليه عند دفعه اليه فحمل الكتاب وبلغه الى من ارسل اليه فلما قراه ساله عن الذهب فجحده اياه ثم انه قدم المدينة فساله الذي ارسل معه الذهب وقال له اني اشهدت عليك فقال له ان كنت دفعت الي شيئا فقد ضاع فقال مالك ما ارى عليه إلا يمينه وارى هذا من مالك انما هو في الجاهل الذي لا يعرف ان الانكار يضره واما العالم الذي يعلم انه يضره ثم يندم عليه بعد ذلك فلا يعذر من كتاب الرعيني اه كلام ابن فرحون وهذا كله كلام الرعيني في كتاب الدعوى والانكار غير ان الرعيني زاد بعده ورايت لابن مزين لفظة انه قبل بينة على القضاء وان جحده وقال ما اسلفتني قط شيئا والاول اصوب ان شاء الله ، وفي مسائل العيوب من البرزلي فيمن قيم عليه بعيب فانكر البيع فلما ثبت عليه زعم ان المشتري اعتمر وعرض للبيع بعد اطلاعه على العيب فقال هاشم بن محمد هذا تناقض لانه يكذب بينته قلت هذه المسئلة تجري على مسئلة من طولب بشيء فانكره واقيمت عليه البينة فاتى بحجة توجب قبول قوله وفيها خلاف مشهور في المدونة من مسئلة اللعان والتخيير والوديعة وغيرها حكاه ابن رشد وغيره انتهى (قلت) فيتحصل مما تقدم جميعه انه اذا انكر اصل المعاملة ثم اقر او قامت عليه البينة وادعى ما يسقط ذلك فلا تسمع دعواه ولا بينته ولو كانت بينة عادلة بخلاف ما اذا قال ما لك علي سلف ولا وديعة ولا قراض او قال ما لك عندي حق ثم اقر بعد ذلك او قامت عليه البينة فادعى ما يسقط ذلك فانه تسمع دعواه او بينته وقد صرح بذلك في رسم اسلم من سماع عيسى من كتاب الدعوى والصلح وبذلك صرح المصنف

في باب الاقضية فقال وان انكر مطلوب المعاملة فالبينة ثم لا تقبل بينة بالقضاء بخلاف لا حق لك علي انتهى وينبغي ان يقيد ذلك ايضا بما قاله الرعيني وهو ان يكون المدعى عليه يعرف ان الانكار يضره واما ان كان يجهل ذلك ولا يفرق بين قوله ما اسلفتني وما اودعتني وبين قوله ما لك عندي سلف ولا وديعة فيعذر بالجهل إلّا اذا حقق عليه وقدر عليه وقيل له انت تنكر هذا اصلا فاذا قامت عليه البينة فلا تسمع بينتك فاذا استمر على ذلك فحينئذ لا تسمع بينته وينبغي ان يقيد ذلك بغير الحدود والاصول لان هذا قول ابن القاسم وابن كنانة انتهى قال الشدادي وبهذا القيد جرى العمل وفي جواب لابي القاسم السيوري اختلاف قول المؤتمن يوجب ضمانه لما أؤتمن عليه كما في وكالات الحاوي ، وقول الناظم كغيره كذبهم يعني بالتضمن لا بالتصريح لان بينة القضاء تتضمن الاقرار بالمعاملة التي تفرع القضاء عنها وانكاره المعاملة اولا تكذيب لبينة القضاء وقال بعضهم المراد بتكذيب البينة اسقاطها بالاعراض عنها اولا فاذا استظهر بها في نازلة اخرى فانها تقبل فلو قال الناظم بدل كذبهم اسقطهم لكان اظهر ، واعلم ان الخلاف الجاري بين اهل المذهب في المسئلة مبني على قاعدة وهي مضمن الاقرار هل هو كصريحه اولا فمن قال هو كصريحه اسقط دعواه وبينته اذا انتقل من الانكار الى الاقرار وادعى الخلاص او الضياع ومن قال مضمن الاقرار ليس كصريحه قال ينفعه ذلك ولا يضره الانتقال من الانكار الى الاقرار . واذا اردت بسط المسئلة فانظرها في شرح المنجور على الزقاقية الاصلية وقد علم مما تقدم ان المعول عليه من الخلاف هو التفصيل المذكور (والثالثة) قوله

(وفي ذوي عدل يعارضان * مبرزا اتى لهم قولان)
(وبالشهيدين مطرف قضى * والحلف والاعدل اصبغ ارتضى)
(وقدم التاريخ ترجيح قبل * لا مع يد والعكس عن بعض نقل)
(وانما يكون ذاك عند ما * لا يمكن الجمع لنا بينهما)

ولما ذكر ما يسقط الشهادة من تجريح ورجوع ونقصان شرع يتكلم على ما يسقطها من جهة التعارض والتعارض لغة هو التدافع والتمانع والتنافر كل ذلك متقارب قاله الرصاع وفي الاصطلاح هو ان تشهد بينة بشيء ثم تشهد الاخرى بنقيضه فانه لا يصح اعمالهما معا لان فيه جمعا بين نقيضين وهو محال فلا بد من طرح احداهما واعمال الاخرى لمرجح يقتضي تقديم المعملة او طرحهما معا ان عدم الترجيح وتعذر الجمع بينهما فالترجيح يكون بامور (منها) بيان سبب الملك كالنسج والنتاج فان شهدت احدى البينتين بانه ملك لزيد نسجه او نتج عنده وشهد الاخرى بانه ملكه فانها تقدم على من اطلقت لانها زادت بيان سبب الملك من نسج او نتاج (ومنها) زيادة عدالة لا عدد إلّا اذا كثر العدد جدا في احدى البينتين وهل يحلف مقيمها بناء على ان زيادة العدالة كشاهد واحد وهو الراجح او لا يمين عليه بناء على انها كشاهدان قولان (ومنها) شهادة الملك فانها تقدم على شهادة الحوز فقط ولو كان تاريخ الحوز سابقا لان الحوز قد يكون عن ملك وغيره فهو اعم من الملك والاعم لا يستلزم الاخص بخلاف العكس إلّا اذا شهدت بينة ولو بالسماع ان هذا الحائز او من ورثها الحائز عنه او من اشتراها الحائز منه ابتاعها من هذا القائم او ممن ورثها القائم منه او ممن اشتراها منه فحينئذ تقدم على بينة الملك كذا في ابن مرزوق عند قول الشيخ خليل وجازت بسماع فشا عن ثقات وغيرهم بملك لحائز متصرف طويلا وقدمت بينة الملك إلّا بسماع انه اشتراها اي الدار مثلا من كابي القائم اه (ومنها) الناقلة على المستصحبة فاذا شهدت بينة ان هذه الدار مثلا لزيد انشاها من ماله لا يعلمون انها خرجت عن ملكه بناقل شرعي وشهدت اخرى ان عمرا اشتراها من زيد مثلا لان من علم شيئا يقدم على من لم يعلم وفي الحقيقة ليس هنا تعارض لان قول المستصحبة لا يعلمونها خرجت عن ملكه لا يقتضي عدم الخروج لانه يفيد نفي العلم بالخروج لا نفي الخروج وانما يحصل التعارض الحقيقي لو شهدت المستصحبة بانها باقية على ملكه الى الان او انها لم تنتقل عن ملكه

الى الان بناء على القول المرجوح وهو ان الشهادة لا تقبل إلّا على القطع (ومنها) المثبتة على النافية كان تشهد احدى البينتين بان هندا بالغ او ان الزوج كفؤ لها او ان زيدا باع او طلق زوجته بوقت كذا وشهدت الاخرى بانها غير بالغ او ان الزوج غير كفؤ او لم يتلفظ بالبيع او الطلاق في ذلك الوقت . او شهدت احدى البينتين بمعاينة حوز الصدقة وشبهها يتصرف فيها المتصدق عليه الى مرض موت المتصدق وشهدت الاخرى برؤية المتصدق يتصرف فيه الى مرض الموت فان بينة الحوز اعمل لانها اوجبت حقا كذلك إلّا اذا سقط من الشهادة الاولى الاستمرار الى مرض الموت فان النافية تقدم عليها . وكذا اذا شهدت احدى البينتين بان زيدا قتل عمرا يوم كذا في وقت كذا وشهدت الاخرى بانه كان في ذلك الوقت من ذلك اليوم ببلد بعيد فان شهادة القتل اعمل لانها اوجبت حكما وهو القصاص ابن رشد هذا مشهور المذهب وقال القاضي اسماعيل يقضى ببينة البراءة ان كانت اعدل وان استويتا في العدالة سقطتا ابن عبد البر هذا هو الصحيح اذ لا ينبغي ان يقدم على الدم الا بيقين دون شك ومال اليه الحطاب واعتمده ابن رحال وقال لا ينظر للاعدلية لانها انما ينظر اليها فيما يثبت بالشاهد واليمين (ومنها) الشهادة الحسية على الشهادة العرفية ويكون ذلك عند اختلاف الزوجين في متاع البيت فما كان صالحا للرجال فهو للزوج ما لم تشهد بينة بان المرأة هي التي اشترته من مالها فيكون لها وما كان صالحا للنساء فهو للزوجة ما لم تشهد بينة للزوج بانه اشتراه من ماله فيكون له إلّا ما يكتبه الناس في عقود الانكحة والبيوع على الطوع وعرف البلد على الشرط فانه تقدم فيه الشهادة العرفية على الحسية على القول المعمول به كما في الفتاوي البرزلية والزقاقية (ومنها) بينة الصحة والفساد فبينة الصحة اعمل لان الاصل في عقود المسلمين الصحة ما لم يغلب الفساد (ومنها) بينة التسفيه والترشيد فبينة السفه اعمل بالنسبة لاطلاقه من الحجر واما بالنسبة للبيع ونحوه فتقدم بينة الترشيد لانها اوجبت صحة العقد (ومنها) بينة التعديل والتجريح فبينة التجريح اعمل كما تقدم (ومنها) بينة الصحة والمرض

فبينة الصحة اعمل من بينة المرض (ومنها) بينة الطوع والاكراه فبينة الاكراه اعمل وكذا كل ضرر ولو ادى ذلك لفسخ العقود اذ لا ثمرة لها إلّا ذلك (ومنها) بينة العدم والملا فتقدم بينة الملا بينت ام لا على ما به العمل (ومنها) شهادة عدلين على شهادة شاهد اعدل منهما مع يمين على احد قولين لقول ابن رشد اذ من اهل العلم من لا يرى الشاهد واليمين والى هذا الفرع اشار الناظم بقوله

(وفي ذوي عدل يعارضان * مبرزا اتى لهم قولان)

(وبالشهيدين مطرف قضى)

يعني ان مطرف بن عبد الله الهلالي ابن اخت مالك وتلميذه قدم شهادة الشهيدين العدلين على الشاهد مع اليمين ولو كان اعدل اهل زمانه وقاله ابن الماجشون ورواه اصبغ عن ابن القاسم واستظهره ابن رشد كما تقدم . ومقابله قوله (والحلف والاعدل اصبغ ارتضى) يعني ابن اصبغ ابن الفرج تلميذ ابن القاسم واشهب وابن وهب وشيخ ابن المواز وابن حبيب وغيرهما اختار تقديم شهادة الشاهد الاعدل مع اليمين على الشاهدين ابن رشد وهذا بعيد عن القياس وقوله الحلف بفتح الحاء وسكون اللام بالنصب مفعول ارتضى مقدم والاعدل معطوف عليه واصبغ بالرفع مبتدا وجملة ارتضى خبره . وكذا تقدم شهادة عدلين على شهادة عدل واحد وامراتين لان المرأتين في الرتبة الثانية بعد الشاهدين قال الله تعلى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان قاله ابن مرزوق فان كان الذي معهما مبرزا قدم عليهما (ومنها) المؤرخة فانها تقدم على غير المؤرخة (ومنها) قدم التاريخ بان كان تاريخ احداهما اقدم من الاخرى فانها ترجح بذلك القدم لان الملك ثبت للاقدم والاصل بقاء ما كان على ما كان والى هذا الفرع اشار الناظم بقوله (وقدم التاريخ ترجيح قبل) ولو كانت المتأخرة اعدل من المتقدمة . وقوله (لا مع يد) اي قبل وقدم قدم التاريخ على حادثة التاريخ مع عدم يد الاخر لا مع يده اما اذا كان المتنازع فيه بيد صاحب

حديثة التاريخ فانه لا ينتزع من يده لان تركه تحت يده يتصرف فيه كيف شاء وهو ينظر اليه يكون قاطعا لحجته هذا هو مراد الناظم وحمله عليه الشارح وهو الصواب كما في حاشية الشيخ المهدي . وقوله (والعكس عن بعض نقل) يعني تقديم ذات التاريخ الاقرب ولو كان الشيء بيد الاخر قيل وهو نقل غريب (قال) الشيخ البناني لا يقال ان حديثة التاريخ ناقلة لانا نقول شرط الترجيح بالنقل ان تكون شهادته مشتملة على ذكر سبب النقل وهنا ان ما شهدت بالملك غير ان احداهما قالت ملكه منذ عامين والاخرى قالت ملكه منذ عام واحد فالاصل الاستصحاب انتهى فان لم يكن مرجح لاحدى البينتين سقطتا معا وبقي الحوز بيد حائزه بيمين فان رجحت بينة مقابله اخذه بيمين كذلك على القول المشهور وقيل ان الحائز لا ينتفع ببينته مطلقا وان بينة المدعي هي المعتبرة لتخصيص البينة به في الحديث هذا كله ان تعذر الجمع بين البينتين فان امكن الجمع بينهما جمع واليه اشار الناظم بقوله

(وانما يكون ذاك عند ما * لا يمكن الجمع لنا بينهما)

مثاله من قال لرجل اسلمت اليك هذا الثوب في مائة ويبة قمحا وقال الاخر بل هذين الثوبين في مائة ويبة قمحا واقام كل واحد منهما بينة وكانتا في مجلسين فيقضي بالثلاثة الاثواب في مائتين قال الشيخ احمد الدردير انما يتم هذا لو ادعى المسلم المائتين وإلّا فكيف يقضي له بما لم يدعه انتهى فان كانتا في مجلس واحد وكل واحدة تنفي ان يكون تكلم بغير ما شهدت به فهو تكاذب يحكم باعدل البينتين فان تكافأتا سقطتا (فرعان الاول) قال ابن عبد البر في الكافي ما نصه واذا شهد شهود على رجل بقتل رجل فاقر غير المشهود عليه بقتل ذلك الرجل فاولياؤه مخيرون في قتل من شاؤوا منهما وقد قيل يقتلان جميعا احدهما بالشهادة والاخر بالاقرار لانه يمكن ان يكونا شريكين في قتله وقيل بل يقتل المقر وحده انتهى وقد رايت في بعض الكتب المعتمدة ولم يحضرني الان ان القول الاخير هو الراجح ورجحانه ظاهر

وهو ان شرط اعمال الشهادة ان تكون سالمة من الريبة التي تفضي الى تغليط واكذاب ومن المعلوم ان الريبة من القوادح المعتبرة ولما كانت المسئلة فيها نوع اشكال فعلى الحاكم امعان النظر فيها والتأني فان الدمآء امرها خطير لا يقدم عليها إلّا بامر لا شبهة فيه (الثاني) سمع عيسى ابن القاسم من قدم للقتل بقسامة فقال رجل انا قتلته فقال رجل يقتل هذا اولا بالقسامة وهذا باقراره ولا ءاخذ به قال ابن القاسم في المجموعة ان شاؤوا قتلوا الاول او قتلوا المقر باقراره ولا يقتلون إلّا واحد منهم وقال اصبغ وابن عبد الحكم كقول ربيعة انهما يقتلان معا وفي قتل المقر بقسامة او دونها قولان لابن القاسم انتهى قلشاني على الرسالة . وقوله وانما يكون ذاك الخ الاشارة راجعة للتعارض الموجب لترجيح احدى البينتين على الاخرى وما مصدريه وجملة لا يمكن الجمع صلتها وهي مع صلتها في تاويل مصدر اي عند عدم امكان الجمع (والرابعة) وهي من متعلقات ما قبلها (قوله)

(والشيء يدعيه شخصان معا * ولا يد ولا شهيد يدعى)
(يقسم ما بينهما بعد القسم * وذاك حكم في التساوي ملتزم)
(في بينات او نكول او يد * والقول قول ذي يد منفرد)
(وهو لمن اقام فيه البينة * وحالة الاعدل منها بينة)

الابيات الاربعة يعني ان الشيء عقارا كان او منقولا اذا ادعاه شخصان مثلا كل واحد منهما يدعي جميعه لنفسه وليس لكل واحد منهما يد عليه ولا شهادة تصدق دعواه فانه يقسم بينهما نصفين بعد اليمين وهكذا الحكم اذا استظهر كل واحد منهما ببينة وتعارضتا ولم يكن مرجح فانهما تسقطان وتبقى الدعوى مجردة فيقسم بينهما نصفين بعد حلفهما او نكولهما او كان تحت ايديهما جميعا ويقضي به للحالف على الناكل كما يقضي به لمن انفرد بوضع يده عليه بعد يمينه حيث لم تكن للاخر بينة بالملك وإلّا قدمت على الحوز المجرد كما تقدم فان اقام صاحب اليد بينة ايضا فان كانت ارجح

من الاخرى او كانت مساوية لها قضي به لصاحب اليد هذا معنى قوله وحالة الاعدل منها بينة فضمير منها يعود على البينة فتجري على نحو ما تقدم ، وقوله والشيء يدعيه الخ الشيء مبتدا وجملة يقسم خبره وجملة يدعيه يجوز ان تكون في محل نصب على الحال من المبتدا نظرا لصورة التعريف ويجوز ان تكون في محل رفع نعت له نظرا للمعنى لان المعرف بال الجنسية في معنى النكرة مثل قول الشاعر

ولقد امر على اللئيم يسبني ❁ فمضيت ثم قلت لا يعنيني

فافهم وذاك اشارة الى قسم الشيء الذي تنازعا فيه بينهما بعد القسم (تنبيهات) الاول قال الشيخ التاودي ومفهوم قوله يدعيه شيئان احدهما ان يتفقا على ان لكل واحد منهما حظا لاكنهما يجهلانه والحكم ان الشيء يقسم بينهما نصفين كما هو الاصل في الشركة قاله ابن لب الثاني ان يدعيه احدهما ويدعي الاخر نصفه فان لم يكن بيد واحد منهما قسم على الدعوى اتفاقا وان كان بايديهما معا فقيل كذلك اي يقسم على الدعوى ايضا وهو المشهور وقال اشهب وسحنون يقسم بينهما نصفين وحيث قيل يقسم على الدعوى فقيل كالعول فيضرب مدعي الكل باثنين ومدعي النصف بواحد ويقسم على الثلث والثلثين وقيل على الدعوى والتسليم فيكون لمدعي الكل ثلاثة ارباع لان النصف يسلمه له صاحبه والنصف الاخر هو محل النزاع فيقسم بينهما والله اعلم (الثاني) اعترض على الناظم من وجهين احدهما ان كلامه يقتضي قسمة الشيء المتنازع فيه عاجلا وليس كذلك بل فيه تفصيل فان كان يخشى فساده كالحيوان والرقيق والطعام فانه يستأنى به قليلا فان لم ياتيا بشيء وخيف عليه قسم بينهما لانه يحول ويزول وهو معنى الفساد وان كان مما لا يخشى عليه الفساد كالدور فانه يترك حتى ياتي احدهما باعدل مما اتى به صاحبه إلّا ان يطول الزمان ولا ياتيا بشيء غير ما اتيا به اولا فانه يقسم بينهما لان ترك ذلك ووقفه ضرر (ثانيهما) لا مفهوم لقوله الاعدل بل غير الاعدلية من المرجحات كذلك فلو ابدل الاعدل بالارجح لكان شاملا لجميع المرجحات المتقدمة وقد تقدم ان الترجيح بالاعدلية انما يعمل به فيما يثبت

بالشاهد واليمين (الثالث) قال القرافي فرع قال ابن ابي زيد في النوادر اذا ادعياها في يد ثالث فقال احدهما اجرته اياها وقال الاخر اودعته اياها صدق من علم سبق كرائه او ايداعه ويستصحب الحال له والملك إلا ان تشهد بينة للاخر انه فعل ذلك بحيازة عن الاول وحضوره ولم ينكر فيقضي له فان جهل السبق قسمت بينهما قال اشهب فلو شهدت بينة احدهما بغصب الثالث منه وبينة الاخر ان الثالث اقر له بالايداع قضي لصاحب الغصب لتضمين بينة اليد السابقة (فرع) قال في النوادر لو كانت دار في يد رجلين وفي يد عبد لاحدهما فادعاها الثلاثة قسمت بينهم اثلاثا ان كان العبد تاجرا وإلا فنصفين لان العبد في يد مولاه انتهى (الرابع) قال المواق عند قول صاحب المختصر او لمن يقوله ما محصله ان كان بيد ثالث وادعاه لنفسه بعد تكافؤ بينتهما فقيل يبقى بيد حائزه لتجريح كل من البينتين الاخرى وعلى هذا القول ان اعترف به لاحدهما فهو لمن اقر بيده اه (الخامس) قال القاضي المكناسي في مجالسه ما نصه دعوى رجلين نكاح امراة وانكارها اياهما تعقد المقال وجميع المطالب وانكارها فبعد الاشهاد بذلك يكلف كل واحد من المدعيين البينة على دعواه ويؤجلان على ما تقدم ذكره من ضرب الاجل وتجعل المرأة في خلال تلك الاجال عند امينة حيث يوثق ولا حمالة عليها فان اثبتاها معا فيعذر لكل واحد منهما في بينة صاحبه وتوقف المراة خلال ذلك الاجل عند الامينة كما تقدم فان ثبتت بينة منهما وسقطت بينة الاخر ثبتت الزوجية لمن ثبتت بينته وعجز صاحبه ولا يمين على الذي ثبتت بينته ومكن من زوجته هذا اذا كانت الزوجة غير مدافعة لهما معا فان كانت مدافعة لهما مكذبة لقولهما عقدت الاجل في دفع بينة كل واحد منهما عليها وعلى التأجيل فان ثبتت البينتان وتكافأتا سقطتا قال ابن دبوس ناقلا عن ابن القاسم وللمرأة مقرة او منكرة قال اقرارها وانكارها سواء فان كان لم يدخل بها واحد منهما وكان الشهود عدولا انفسخ النكاحان جميعا وكانت الفرقة تطليقة وان كانت احدى البينتين اعدل من الاخرى جعلت النكاح للاعدل وقال غيره وان كانت احداهما

اعدل سقطتا ايضا عند مالك وقال سحنون يثبت بالاعدل منهما فانظر التفصيل في محل الخلاف حيث هو ان كانت في مجلس او مجلسين فان لم يعلم الاول منهما واقرت باحدهما فلا يقبل قولها وهو مذهب المدونة ويفرق بينهما بطلقة وتاخذ من احبت منهما او من غيرهما وقيل يقبل قولها نقله اللخمي عن محمد بن عبد الحكم ونقله ابن دبوس عن اشهب انتهى (قال) المواق عند قول صاحب المختصر واعدلية متناقضتين ملغات ولو صدقته المراة ما نصه ابن عرفة فلو اقام كل بينة سقطتا ابن شاس المشهور انه لا يرجح هاهنا بمزيد العدالة بخلاف البيع اذ لا يثبت نكاح بشاهد ويمين ويثبت به البيع ومزيد العدالة هاهنا كشاهد واحد ثم قال ولما ذكر ابن الحاجب انه لا يقضي بالاعدل قال ولا عبرة بتصديق المرأة انتهى (وقال) صاحب الفروق فان قيل لم يحكم باعدل البينتين فيما عدى النكاح ولا يحكم بذلك في النكاح وفي الموضعين وجد الاعدل فما الفرق بينهما (اجيب) بان الفرق بينهما ان غير النكاح يصح فيه ان يملكه شخصان فاكثر فيكون فيه التداعي واذا وجدت البينة لكل واحد او عدمت البينة فيحلفان ويقسم بينهما كما علمت بخلاف النكاح فانه لا يكون كذلك ولان البضع لا يقر على الشك في مراعات الترجيح لان مراعات الترجيح الاجتهاد والاجتهاد لا ينبني على صحة المجتهد فيه فافترقا انتهى (خاتمه) لا بد في الشهادة بالملك من خمسة امور يعتمد عليها الشاهد ويصرح بها وتكتب مفسرة لا مجملة على ما به العمل وهي كون الشيء محوزا بيد المشهود له بالملكية وانه ينسبه لنفسه وينسبه الناس اليه ، وانه يتصرف فيه تصرف المالك في ملكه بالهدم والاستغلال او نحوهما ، وطول المدة وانه لا منازع له فيه ولا معارض ، وان يزيد الشهود انه لم يخرج من ملكه في علمهم وقيل هو شرط كمال فقط وقيل شرط صحة ان كان المشهود له بالملك ميتا وإلّا فكمال والى هذا اشار الشيخ علي بن قاسم شهر الزقاق بقوله

يد نسبة طول كعشرة اشهر * وفعل بلا خصم بها الملك يجتلا

وهل عدم التفويت في علمهم كما * لا م صحة للحي للميت ذا اجعلا

قال التاودي قال ابو الحسن ينبغي ان يكون هذا الاختلاف في الحي واما الميت فشرط صحة قطعا واليه اشار بقوله للميت ذا اجعلا قال ابن مرزوق وما قاله ابو الحسن ظاهر حسن يعني لان الحي يحلف على البت والوارث يحلف على نفي العلم فان قطعوا بالشهادة وقالوا لم تخرج عن ملكه كانت زورا قاله في المدونة والمراد لم تقبل وقد تغتفر للعوام انتهى وفي الحطاب (تنبيه) اليد عبارة عن القرب والاتصال فاعظمها ثياب الانسان التي عليه ونعاله ومنطقته ويليه البساط الذي هو جالس عليه والدابة التي هو راكبها وتليه الدابة التي هو سائقها او قائدها والدار التي هو ساكنها فهي دون الدابة لعدم الاستيلاء على جميعها قال بعض العلماء فيقدم اقوى اليدين على اضعفهما فلو تنازع الساكنان الدار سوي بينهما بعد ايمانهما والراكب مع الراكب والسايق قيل يقدم الراكب مع يمينه اه فتأمله اه (وفي ابن سلمون) المستحقات على نوعين اصول وغيرها فاما الاصول فتكتب فيها الحمد لله يعرف شهوده فلانا ابن فلان الفلاني كمعرفتهم لعين جميع الدار او الموضع بكذا حدودها كذا ويشهدون مع ذلك بانها ملك من املاكه ومال من ماله تحت يده منذ مدة كذا وانه يتصرف فيها تصرف المالك في ملكه ينسبها لنفسه وينسبها الناس اليه لا يعلمون له فيها منازعا ولا مخاصما ولا يعلمون له فيها بيعا ولا تفويتا ولا انها خرجت عن ملكه بوجه الى الان ويحوزونها بالوقوف اليها متى دعوا الى ذلك وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا مسؤلة منهم لسائلها عن اذن الخ هذا اذا كان المشهود له حيا فان كان ميتا كتبت بدل الى الان الى ان مات فاحاط بميراثه زوجه فلانة وبنوه منها فلان وفلان وفلان لا يعلمون له وارثا غير من ذكر ولا يعلمون لاحد من الورثة في ذلك بيعا ولا تفويتا بوجه حتى الان ومن علم ذلك على حسبه وعرف من ذكر ويحوز الملك ويعينه ادى شهادته مسؤلة منه لسائلها في كذا عن اذن من يجب الخ . واما غير الاصول (فتكتب) الحمد لله يعرف شهوده فلانا كمعرفتهم

لعين جميع الفرس الادهم او الاشهب الخ صفاته المحتاج الى بيانها ويشهدون مع ذلك بانه ملك من املاكه ومال من ماله تحت يده وفي حوزه يتصرف فيه تصرف المالك في ملكه منذ مدة كذا ينسبه لنفسه وينسبه الناس اليه ولا يعلمون له فيه منازعا ولا مخاصما ولا يعلمون خروجه ولا خروج شيء منه عن ملك مالكه الى الان او الى ان ضاع له من بلد كذا او فر من بلد كذا والفاه الان بيد فلان وعلى عين الفرس المذكور ادوا شهادتهم الخ فاذا تم هذا العقد لصاحبه ولم يكن لخصمه فيه مدفع ولا معارض ثبت له ويحلف في غير الاصول على القول المعمول به بالله الذي لا الاه إلّا هو لا يعلم لخصمه المذكور فيه حقا قائما مستقبلا في المسجد الجامع ان كان الحالف مسلما وإلّا فحيث يعظم انتهى ببعض زيادة للبيان لما يقتضيه اسلوب اهل هذا الزمان ، ولما ذكر الناظم مسئلة الدعوى وان الشيء يقسم بين المتداعيين على حسب دعواهما بعد اليمين ناسب ان ياتي بباب اليمين عقب ذلك فقال

---

p. 32/33 B

باب اليمين وما يتعلق بها

قال الحطاب قال في الذخيرة اليمين في اللغة مأخوذة من اليمين الذي هو العضو لانهم كانوا إذا حلفوا وضع احدهم يمينه في يمين صاحبه فسمي الحلف يمينا وقيل اليمين القوة ويسمي العضو يمينا لوفور قوته على اليسار ومنه قوله تعلى لاخذنا منه باليمين اي بالقوة ولما كان الحالف يقوي الخبر من الوجود او العدم سمي يمينا بخلاف التفسير الاول انتهى وفي غيره اليمين الجارحة وسمي الحلف يمينا لانهم كانوا اذا تحالفوا ضرب كل واحد منهم على يمين صاحبه فسمي الحلف يمينا مجازا وفي التتائي اليمين في العضو والحلف مؤنثة واليمين والحلف والايلا والقسم الفاظ مترادفة انتهى وقيل القسم اخص منها لانه لا يكون إلّا بالله او صفة من صفاته ولعل هذا التخصيص من جهة العرف لا من جهة اللغة (واما) في الاصطلاح فقال ابن عبد السلام لا تحتاج الى تعريف برسم ولا حد لاشتراك الخاصة والعامة في معرفتها ،

وعرفها الزناتي في اللباب بقوله اليمين هو الحلف بمعظم تاكيدا لدعواه او لما عزم على فعله او تركه انتهى فقوله بمعظم اي حقيقة او اعتقادا فالمعظم حقيقة كقوله والله لا دخلت الدار او لادخلن والمعظم اعتقادا كقوله ان دخلت الدار فانت طالق او انت حر والحرية معظمة عنده لاعتقاده عظيم ما يخرج عن يده في الحرية او الطلاق ودليله قوله صلى الله عليه وسلم من كان حالفا فليحلف بالله او ليصمت فسمى الحالف بغير الله حالفا قاله ابن العربي (وعرفها) الامام ابن عرفة بقوله اليمين قسم او التزام مندوب غير مقصود به القربة او ما يجب بانشاء لا يفتقر الى قبول معلق بامر مقصود عدمه اه فقوله قسم الخ وهو في الشرع لا يكون إلّا بالله او صفته . وقوله او التزام مندوب الخ بالرفع عطف على قسم واو للتنويع نحو ان دخلت الدار فعبدي حر فهذا التزام مندوب وهو الحرية ولم يقصد به التقرب الى الله تعلى بالعتق وانما قصد الامتناع من دخول الدار تشديدا على نفسه فلو قصد به القربة لكان نذرا لا يمينا فغير بالرفع نعت التزام . وقوله او ما يجب بانشاء الخ عطف على التزام اي او التزام ما يجب بانشاء لا يفتقر الى قبول وذلك كالطلاق فانه يجب بالانشاء ولا يفتقر الى قبول الزوجة احترز به من نحو الهبة فهي وان وجبت بالانشاء لاكنها تفتقر الى قبول وقوله معلق بامر الخ بالرفع صفة لما يجب لانها نكرة موصوفة وذلك نحو ان دخلت الدار فانت طالق في صيغة البر وان لم ادخل الدار فانت طالق في صيغة الحنث فالطلاق في الصيغة الاولى علق على امر وهو الدخول والمقصود عدمه وفي الثانية علق على امر وهو نفي الدخول والمقصود عدمه وهو الدخول (تنبيه) قال ابن الحاجب النذور والطلاق والعتق على صفة فيهن تسمى يمينا وهي في الحقيقة تعليق . وقال الحطاب اطلاق اليمين على الحلف بالطلاق والعتاق مجاز الا ترى الى حروف القسم لا تدخل عليهما . وفي ءاخر الجزء الرابع من نوازل الخلع وغيره من المعيار جواب الامام عبد الرحمان السهيلي عن الحلف بالطلاق والايمان اللازمة بعد كلام طويل ما نصه ومما يوضح لك ان الطلاق ليس بيمين اي حتى يدخل في الايمان تلزمني وان الحالف

به ليس بمقسم اجماع اهل العربية في ابواب القسم على ان القسم لا يكون إلّا بحروف القسم كالواو والباء والتاء ولو ان لقائل ان يقول والطلاق لافعلن او وحق الطلاق لكان هذا مقسما لغة وعربية لا شرعا كالذي يقول والكعبة لافعلن او يقول والبيت ونحو ذلك فاذا كان كذلك فهو مقسم وحالف لاكن لا يلزمه في حكم الشريعة شيء فان قال علي الطلاق ان فعلت كذا وكذا لزمه لا من حيث انه حالف ومقسم ولاكن يسمى مطلقا ربط طلاقه بشرط فان وقع الشرط وقع الطلاق ومن تورع ان يحل ما حرم الله فلم لا يتورع ان يحرم ما احل الله اه والذي درج عليه خليل ان اليمين لا تكون إلّا بالله او صفة من صفاته كما للدهلي قاله الزرقاني عند قول المصنف وزيد في الايمان تلزمني الخ وسياتي هذا بعبارة اخرى في الايمان اللازمة فراجعه ، والمراد باليمين هنا اليمين الذي تقدم ذكرها في انواع الشهادات وهي التي تدور بين يدي القضاة والحكام وتقطع بها الحقوق الواجبة على احد الخصمين او عليهما معا كما تقدم وهي بالله الذي لا اله إلّا هو بهذا اللفظ المخصوص على صفة مخصوصة في مكان مخصوص اذا غلظت على ما ياتي في قوله وقائما مستقبلا يكون وبالله يكون الحلف لا اليمين المعقود عليها الباب عند الفقهاء مع النذر التي توجب الكفارة وهي ما كانت بالله او صفة من صفاته ولا ما هو اعم وهي المتقدمة في التعريف كما علمت ، وقوله وما يتعلق بها اي من مكانها وزمانها وبيان صفتها وكيفية ادائها وكونها على نية المستحلف وبيان اقسامها وانها لا تعاد اذا مر عليها حين من زمن الحلف الى وقت الخلاص وبيان الدعوى التي توجب اليمين بمجردها والتي لا توجبها ومن تتوجه عليه ومن لا تتوجه عليها بحكم الحاكم وقد شرع في بيانها فقال

(في ربع دينار فاعلى تقتضى * في مسجد الجمع اليمين بالقضا)

يعني ان اليمين انما يوجهها الحاكم او المحكم على من توجهت عليه من الخصوم في كل شيء جليل او حقير معتبر شرعا لاكن لا تغلظ على الحالف إلّا في الحق الذي له بال

واقله ربع دينار او ما يقوم مقامه من عرض او ثلاثة دراهم فان كان اقل من ذلك فلا تغلظ عليه فيه كما ياتي والتغليظ واجب فمن امتنع منه عد ناكلا وهو من حق الخصم ويكون التغليظ في الجامع في حق المسلم ويكون حيث يعظم منه ثم ان من توجهت عليه اليمين لا يخلو اما ان يكون رجلا او امرأة فان كان رجلا فحكم حلفه في المسجد نهارا ظاهر وان كان امرأة فاشار الى حكمها في ذلك بقوله

(وما له بال ففيه تخرج * اليه ليلا غير من تبرج)

يعني ان المرأة اذا كانت غير متبرجة بان كانت مخدرة وهي المستترة في بيتها بحيث لا تخرج نهارا تخرج لليمين ليلا فيما ادعت به وهو المال الذي له بال واقله ربع دينار كما مر وكذلك اذا ادعي عليها وحلفت في اقرب المساجد اليها ان كان جامعا وظاهره انها تخرج للحلف ليلا سواء كانت لا تخرج إلّا ليلا او لا تخرج اصلا لا ليلا ولا نهارا وهو كذلك على احد قولين والذي عليه العمل انها اذا كانت لا تخرج نهارا وسواء كانت تخرج ليلا ام لا حلفت في بيتها كالمريضة وكذا اذا كان الحق اقل من ربع دينار ولا فرق في هذا بين التي تخرج وبين التي لا تخرج فيرسل القاضي لها من يحلفها في بيتها بمحضر من له اليمين متباعدا عنها اقصى ما يسمع منها لفظ اليمين اذا كان رجلا وامتنعت هي او زوجها من اطلاعه عليها حيث كانت مخدرة وبه القضاء وقيل لا يحضر معها وبعث القاضي يكفي فيكون على وجه النيابة عنه اما المرأة التي تخرج نهارا وهي مفهوم قوله غير من تبرج فحكمها حكم الرجل تخرج فيما له بال من الحقوق فتحلف في المسجد وقوله غير بالرفع فاعل تخرج وتبرج بفتح التاء والراء المشددة واصله تتبرج فحذفت احدى التاءين واصل التبرج في اللغة اظهار الزينة والمراد هنا من لا تخرج نهارا اصلا (تنبيهات الاول) ان لم يكن للقوم جامع جلبوا الى الجامع الذي على قدر مسافة الجمعة من منازلهم لانهم ممن لهم جامع حكما وإلّا حلفوا في مواضعهم وحيث كان التغليظ بالمسجد من حق

الخصم فله ان يحلفه بغير مسجد كل ذلك بحضرة خصمه فاذا حلفها بحضرة عدلين فقط فانها لا تجزئه ويعيدها بحضرته اذا لم يتغيب عنها بعد الحكم له بها وإلّا اقام له القاضي وكيلا يقتضيها ان طلب من توجهت عليه تعجيلها لان القول قول من طلب تعجيل اليمين من الخصمين لا من طلب تاخيرها إلّا لغرض فانه يؤجل ثلاثة ايام كما تقدم في الآجال عند قول الناظم

والمدعي ان له ما يدفع * به يمينا امرها مستبشع

وكذا لوقت تغلظ فيه على ما ياتي (الثاني) قال الحطاب قال القرافي في كتاب الدعاوي عن بعض القرويين اذا ادعى احد المتفاوضين على شخص بثلاثة دراهم فليس عليه ان يحلفه في الجامع لان كل واحد انما يجب له درهم ونصف ولو ادعى عليهما بثلاثة دراهم حلفهما في الجامع لان كل واحد عليه درهم ونصفه وهو كفيل بالثاني فالثلاثة على كل واحد منهما (الثالث) قال لا يحلف العليل في بيته إلّا ان تشهد بينة ان به علة لا يستطيع الخروج معها لا راجلا ولا راكبا فانه يحلف في بيته على الحق حينئذ وسياتي حكم التغليظ بالزمان ثم اخذ يتكلم على كيفية الحلف فقال

(وقائما مستقبلا يكون * من استحقت عنده اليمين)

يعني ان من وجبت عليه اليمين في الجامع فانها تغلظ عليه ايضا بان يحلفها قائما مستقبلا على ما جرى به العمل وقيل يحلف كيفما تيسر له وليس به عمل وقيل بالقيام لا بالاستقبال والله اعلم وقوله

(وهي وان تعددت في الاعرف * على وفاق نية المستحلف)

يعني ان اليمين بجميع اقسامها التي هي يمين تهمة ويمين قضاء ويمين منكر ويمين مع شاهد واحد او ما يقوم مقامه الآتي بيانها وقد تقدمت ايضا تكون على نية المستحلف لا على نية الحالف في القول الاعرف الذي عليه اكثر اهل العلم فمن ادعى عليه انسان بعشرة من قرض مثلا فحلف بالله او قال عليه الطلاق ما له عندي عشرة من

قرض ولا بعضها ونوى حاضرة مثـلا فانه يائم ويحنث ولا تنفعه نيتـه هذا اذا لم يكن قضاها اما اذا قضاها بدون بينة ثم قام صاحبها وطلب المقترض بها فانكـره وطلب ان يحلفه فانه يحلف له ما تسلف منه عشرة وينوي في قلبه يجب عليه الان ردها او بعد التي قضاها ويبرأ من الاثم ومن الدين ولا يقال هذه النية لا تنفعه لان اليمين على نية المحلف لانا نقول هي هنا ليست على نية المحلف لانها ليست في وثيقة حق باعتبار ما في نفس الامر والواقـع قاله الشيخ الخرشي (ثـم) ذكر مفهوم قوله في ربع دينار فاعلى الخ وصفة اليمين التي لا يجزئي غيرها من الايمان في الحقوق ويمين الكـفار وموضع حلفهم والتغليظ بالزمان والمـكان معا في الامور التي لها شـان فقـــال

(وما يقـل حيث كان يحلف * فيه وبالله يكـون الحلف)

(وبعضهـم يـزيد لليهـود * منـزل التـوراة للتشـديد)

(كما يـزيد فيه للتثقيـل * على النصارى منزل الانجيل)

(وجملة الكفـار يحلفـون * ايمـانهم حيث يعظمون)

(وما كمثل الدم واللعان * فيه تحري الوقت والمكان)

الابيات الخمسة يعني ان الخصم اذا توجهت عليه اليمـين في اقل من ربع دينار فانه يحلف في الموضع الذي هو فيه سوآء كان مسجدا او سوقا او غيرهما وسوآء كان قائما او جالسا مستقبل القبـلة او غير مستقبل رجلا كان او امراة صحيحا كان او مريضا . وان الحلف لا يكـون الا بالله الذي لا الاه إلَّا هو وهذا في غير اللعـان والقسامة فانه لا يحتاج فيهما لزيادة الذي لا الاه إلَّا هو بل يقول في اللعان اشهد بالله لرايتهـا تزني فقط وفي القسامة اقسم بالله لمن ضربه مات وقال بعضهم يحلف بالله الذي لا الاه إلَّا هو لمن ضربه مات وهو ظاهر المتون وقد نقل عن مالك رضي الله عنه فهذه صفة اليمين التي تدور بين يدي الحـكام القـاطعة للنزاع والخصام وانه

لا بد من الجمع بين الاسم والوصف وهو مراد الناظم ولا يكفي احدهما وان كان كافيا في كونه يمينا تكفي لان الغرض هنا زيادة التخويف وهو يحصل بما ذكر ، وان بعض العلماء زاد في يمين اليهود منزل التوراة على موسى وفي يمين النصارى منزل الانجيل على عيسى لقصد التشديد والتثقيل عليهم ليخافوا والمشهور عدم الزيادة (قـال) ابن عرفة لفظ اليمين في حقوق غير اللعان والقسامة فيما يحلف المدعى عليه او من يحلف مع شاهده بالله الذي لا الاه إلّا هو لا يزيد على هـذا ابن رشد هذا هو المشهور وان كل من توجهت عليه اليمين من الكفار يحلفها في الموضع الذي يعظمه اهل دينه من كنيسة ونحوها قال في المدونة يحلف اليهـودى والنصراني في كنائسهم حيث يعظمون ويحلف المجوسي في بيت نارهم وحيث يعظمون اهـ ، وان اليمين اذا كانت في دم او لعان او مال عظيم له شان على احد قولين فيه تغلظ بالزمان والمكان معا فالتغليظ بالزمان يكون بعد عصر يوم الجمعة والتغليظ بالمكان المسجد الجامع ولا ينبغي ان تكون اليمين بغير الله تعلى وفي غير المسجد كالحلف على المصحف او كتب الحديث اي في المقابر والزوايا لانه بدعة وضلالة

وخير امـور الدين ما كان سنة * وشر الامور المحدثات البدائـع

لاكن الذي عليه العمل الاكتفاء بذلك لان المقصود ارهاب من توجهت عليه فلربما يخاف فيرجع الى الحق (فـائدة) انما اختصت اليمين بالاسم الاعظم دون سائر اسمائه التسعة والتسعين لان اسماء الله كلها صفات عدى هذا الاسم الشريف فانه علم مخصوص به قاله بعض الشيوخ وقد قال سبويه الاعلام مختصرات الصفات ومعناه اذا ذكر العلم فكان صفاته مذكورة معه لاشتهاره وعدم خفائه ولو حلف يمينا تشمل اليمين بالله كالايمان اللازمة فانها لا تكفيه ولابد من اعادتها قاله الوانوغي على المدونة كذا في ءاخر نوازل الدعاوي من المعيار (ثـم) شرع في بيان اقسام اليمين التي اشار اليها بقوله وهي وان تددت في الاعرف البيت فقـــــال

(وهي يمين تهمة او القضا * او منكر او مع شاهد رضى)

فهذه اربعة اقسام فيمين التهمة هي التي تترتب على دعوى غير محققة كما مر في شروط الدعوى ويمين القضآء هي الواجبة في حق الميت ونحوه مما ياتي ذكره ويمين المنكر وهي ما كانت في مقابلة دعوى محققة واليمين مع الشاهد او ما يقوم مقامه وهي ما كانت متممة لنصاب البينة وقد تقدم الكلام على هذين القسمين الاخيرين في الشهادات وذكرهما هنا ايضا (ثم) شرع يتكلم على القسم الاول منها فقال

(وتهمة ان قويت بها تجب * يمين مطلوب وليست تنقلب)

فلو اتى بالفاء لكان احسن لان هذا البيت مفرع على البيت قبله والمعنى ان التهمة اذا قويت توجهت بسببها اليمين على المطلوب المتهم ولا تنقلب اليمين على الطالب اذا اراد المطلوب قلبها عليه في القول المشهور وما درج عليه الناظم احد اقوال اربعة في المسئلة ففي برنامج الشوارد للشيخ عظوم في فصل الصداق نقلا عن ابن ناجي ما محصله يتحصل في يمين التهمة اربعة اقوال (الاول) توجهها مطلقا (الثاني) عدمه مطلقا (الثالث) يحلف المتهم دون غيره (الرابع) اذا قويت التهمة توجهت وإلّا فلا افتى به ابن رشد في اجوبته والذي جرى به العمل عندنا توجيهها مطلقا والمشهور لا تنقلب وبه العمل انتهى • وفي نوازل الدعاوي من المعيار ان المشهور والذى به العمل هو توجيه يمين التهمة مطلقا ولا يخرج عن ذلك إلّا ما فيه معرة كدعوى الغصب والسرقة على صالح فانه لا تتوجه فعلى هذا قول الناظم يشمل الصورتين ولا يعترض عليه بانه ذهب على خلاف المشهور والمعمول به وعليه فيستثنى من كلام صاحب المعيار المبرز في الخير فلا يمين عليه بالتهمة في غير دعوى الغصب والسرقة ايضا كما حرره الشيخ المهدي في الحاشية هنا وقول ابن ناجي والذي جرى به العمل عندنا توجهها مطلقا من غير استثناء احد غير ظاهر من جهة النظر والظاهر ما نقله صاحب المعيار عن العبدوسي وبه اخذ ابو البقآء الشيخ يعيش الشاوي وتبعه تلميذه التاودي وجماعة من المحققين لاكن لما جرى العمل بالاطلاق فلا يعدل عنه الى غيره والله اعلم (مسئلة)

وفي مسائل ابن زرب كان ابن زرب رحمه الله يقول اذا قام رجل على ءاخر بدعوى يتهمه فيها فوجبت اليمين على المدعى عليه فليس له ردها ولا يحلف المدعى عليه اذا كان ممن تاخذه اليمين على التهمة حتى يحلف المدعي لقد ضاع له ما إدعاه على المقوم عليه وحينئذ يحلف المدعى عليه اذا قال للمدعي لم يضع لك شيء وانما تريد ان تحرجني باليمين وبهذا كان يحكم ويقول انها من دقيق المسائل انتهى من التبصرة الفرحونية (ثم) اخذ يتكلم على القسم الثاني وهو يمين القضاء وموضعين من مواضعها وان اليمين اذا اديت لا تعاد وان مر عليها حين فقال

(والتي بها القضا وجوب * في حق من يعدم او يغيب)
(ولا تعاد هذه اليمين * بعد وان مر عليها حين)

يعني ان يمين القضاء في حق من يعدم بالبناء للنائب اي يموت او يغيب غيبة بعيدة او قريبة مع عدم الامن ان كان من اهل ولايته واجبة على طالب هذين الصنفين بحيث لا يتم حكم الحاكم إلّا بها فهي شرط صحة وذلك على وجه الاستحسان احتياطا على اموالهما لكونهما لا يدفعان عن انفسهما في الحال لامتناع ذلك اما مطلقا في حق الميت او مع امكانه منه في المستقبل في حق الغائب ومن كان على شاكلته من صبي ومجنون فقدر الفقهاء على فرض حضورهما انه لو ادعى كل واحد منهما انه قضى غريمه ولا بينة له فان اليمين تجب له على غريمه الطالب له فكذلك هنا وذلك بعد سماع بينته وتزكيتها فيحلف في المسجد الجامع حيث كان المال له بال قائما مستقبل القبلة بالله الذي لا اله إلّا هو ما قبضت من فلان الميت او الغائب شيئا من الدين الذي ثبت لي عليه عند فلان قاضي كذا ولا قبضت عنه شيئا ولا استحلت على احد ولا احلت به احدا ولا وهبته له ولا شيئا منه ولا قدمت احدا يقتضيه منه وانه لباق عليه الى يمينه هذه ولابد من كتب القاضي في حكمه صورة اليمين واسماء الشهود ليجد الغائب مدفعا عند قدومه لانه باق على حجته اذا قدم فاذا ابدا مطعنا في تلك البينة

بعد قدومه او كان له ما يعارضها نقض الحكم على احد قولين ومثله ورثة الميت اذا كانوا غير رشدآء لانهم لا يعجزون بخلاف الوارث الرشيد فانه لما كان يعجز فليس له إلّا يمين القضآء على طالب مورثه بعد الاعذار اليه في البينة اذا طلب ذلك ولولي اليتيم الصالح عن محجوره مع رب الدين باسقاط شيء من الدين الذي ثبت له في مقابلة اسقاط اليمين عنه اذا رأى منه العزم على الحلف وإلّا فلا وهذه اليمين كما تجب في حق الميت والغائب تجب في حق اليتيم والمجنون والمساكين والاحباس العامة واستحقاق غير العقار على ما به العمل وبيت المال لياخذ حقه منه لانه معدم او انه ابن فلان الذي مات ووضع ماله في بيت المال لظن انه لا وارث له والمفلس قال في التوضيح اذا قام الغرمآء على المفلس فعلى القاضي إن يكلفهم أثبات ديونهم ثم يعذر فيما ثبت عنده للمفلس ولكل واحد في دين صاحبه فاذا وقع التسليم او عجز عن الدفع امر كل واحد ان يحلف انه لم يقبض من دينه شيئا ولا اسقطه وانه لباق عليه الى الان على ما عرف في هذه اليمين انتهى وقد نظمت جميعها فقلت

والمدعي على كميت او يتيم * اوحبس او ذي جنون مستديم
او مفلس او غائب لا يقرب * وفي استحقاق غير ربع اقرب
او بيت مال ثم الفقراء * تلزمه اليمين بالقضاء

وفي حاشية الشيخ احمد بن الطاهر التونسي على ما كتبه الشيخ التاودي هنا نظم شيخنا ابو العباس احمد بن القاضي النظائر التي تجب فيها يمين القضآء فقال

اذا كان دين على ميت * وذي غيبة وصبى وجنون
يمين القضآء على مدع * عليهم حقوقا قضا الحاكمون
كذاك على الحبس او بيت مال * وما للمساكين فالعالمون
حكوه وفي مستحق العروض * وفي الحيوان له مثبتون انتهى

وقول الناظم ولا تعاد هذه اليمين البيت معناه انه اذا حلف هذه اليمين من وجبت عليه فانه لا تتوجه عليه مرة ثانية ولا يطالب باعادتها وان مر عليها حين وزمن طويل

(قال) الشارح ما لم يحدث ما يوجبها من اعتراض الشك في باقي الحق مثل مـا عرض اولا فانها تجب ثانيا ويتصور ذلك بعودة الغائب من مغيبه واقامته مـدة بعد حلف طالبه معه في موضع الحكم يعني ولم يقبض جميع دينه بعد الحلف ثم تعرض له غيبة ثانية فان يمين القضآء تجب هنا لتجدد ما يوجبها من الشك في بقساء الدين فلو زاد الناظم بعد قوله ولا تعاد هذه اليمين البيت فقال مثـــــــلا

إلّا اذا ما حدث الشك الذي * اوجبها من اول فلتحتذي

ويكون الاستثناء راجع لقوله ولا تعاد الخ انتهى (تـنبيـه) راجع قوله المتقدم والحكم في المشهور حيث المدعى عليه وقوله ومع مخيلة بصدق الطالب الابيات وخطاب القضاة وقوله الاتي

لطالب الحكم على الغياب * ينظر في بعـد وفي اقتـراب

الابيات الستة عشر في فصل البيع على الغائب وشرح الشيخ التاودي على قول الزقاق

ومن غاب في قرب كمن هو حاضر * مسافته يومان مع امن انجلا
وإلّا فيقضي مع يمين كعشرة * بغير عقار يستحق اذا جـلا
بعيد ثبوت الموجبات لمدع * لديـه متاع اعـد ول موصلا
يبيع كما يدري ويقضي وان يكن * بجعل ففي معطيه قولان اعملا
وناء كمن بالقيروان لتحكمن * عليه على الاطلاق مع حلف خلا

وقول الشيخ خليل والقريب كالحاضر والبعيد جدا كافريقية قضي عليه بيمين القضاء وسمى الشهود وإلّا نقض والعشرة او اليومان مع الخوف يقضى عليه معهـا في غير استحقاق العقار وقوله وبيعت داره بعد ثبوت ملكه وانها لم تخرج عن ملكه في علمهم ثم بينة بالحيازة وقوله في الفلس وبيع ما له بحضرته بالخيار ثلاثا قـال في التوضيح ليس خاصا بالفلس بل كل ما يتولى الحاكم بيعه على غائب او يتيم او نحوهما كذلك اه لتتم لك فائدة ما هنا بلغنا الله واياك احسن ما تتمنى (قوله) والتي بها القضا وجوب البيت الواو عاطفة على ما قبلها واللام حرف جر زائد والتي اسم موصول صفـة لموصوف

قول الزقاق اعد ول موصلا اي سلط على ذلك المتـاع الذي ظهر للمحكوم عليه الغائب الحكم وقدم شخصا يقبل له اليمين

محذوف مبتدا تقديره اليمين التي وبها اي اليمين متعلق بالقضآء وهو مبتدا ووجوب اي واجب خبره والجملة من المبتدا والخبر صلة الموصول لا محل لها من الاعراب والعائد الضمير المجرور بالبآء وقوله في حق من يعدم الخ جار ومجرور متعلق بمحذوف تقديره كائنة خبر المبتدا وحق مضاف ومن اسم موصول مضاف اليه ويعدم بضم اوله وفتح ما قبل ءاخره فعل مضارع فيه ضمير مستتر جوازا تقديره هو يعود على من وجملة يعدم صلة الموصول وجملة او يغيب معطوفة عليها لا محل لهما من الاعراب (ثم) قام يتكلم على القسم الثالث فقـــــال

(وللیمین ايما اعمـــال * فيما يكون من دعاوي المال)

(إلّا بما عد من التبـــرع * ما لم يكن في الحال عند المدعي)

(وفي الاقالة ابن عتاب يرى * وجوبها بشبهة معتبرا)

(وهذه اليمين حيث توجب * يسوغ قلبها وما ان تقلب)

الابيات الاربعة يعني ان يمين المنكر لا يكون لها اعمال كامل إلّا في دعـاوي المال مما يقتضي عمارة ذمة برية او براءة ذمة معمورة فتتوجه اليمين على المدعى عليه في الصورة الاولى وعلى المدعي في الصورة الثانية ثم استثنى من دعـاوي المـال دعوى التبرع بجميع انواعه وانها لا توجب يمينا وذلك ان يدعى انسان على آخر انه وهبه شيئا مثلا وانكر مالك ذلك الشيء دعواه فلا يمين في ذلك على المشهـور أشار اليها بقوله إلّا بما عد من التبرع واحترز بالتبرع من دعوى المعـاوضة ففيها اليمين (ثم) اخرج من دعوى التبرع التي لا توجب اليمين على المنكر صورة واحدة وهي ما اذا كان الشيء الذي ادعيت هبته تحت يد المدعي في وقت الدعوى فان اليمين تجب على مالكه انه ما وهبه له استحسانا أشار اليها بقوله ما لم يكن في الحـال عند المدعي واسم يكن ضمير عائد على المدعى فيه والحال الوقت وقيل ياخذه مالكه بلا يمين كما تقدم في النوع الاول من انواع الشهادات (ولما) كان القرض والحوالة

والكفالة مع العقد والاقالة على الثمن الاول لا تدخل في كلام الناظم وان كان الكل معروفا لان التبرع هو ما لا معاوضة فيه وهذه فيها معاوضة وحيث كانت لا تدخل في كلامه نبه على لحوق بعضها بالتبرع فقال وفي الاقالة البيت قال ابن عتاب لا تجب اليمين لمدعي الاقالة على المدعى عليه إلّا ان ياتي بشبهة تقوى بها دعواه انتهى وقول الناظم وجوبها بالنصب مفعول اول ليرى ومعتبرا بفتح الباء الموحدة مفعول ثان وبشبهة متعلق به وفي الاقالة متعلق يرى او بمعتبرا (ثم) هذه اليمين حيث تتوجه على المدعى عليه في دعوى المال يسوغ له قلبها على المدعي فان حلف استحق الشيء او برئت ذمته وان نكل سقطت دعواه او عمرت ذمته كما في الصورتين المتقدمتين وليس له قلبها بعد لانه يؤدي الى التسلسل والى هذا اشار بقوله وهذه اليمين حيث توجب البيت وتوجب بضم اوله وفتح ما قبل آخره وان بفتح الهمزة بعد ما زائدة وفي قوله ولليمين ايما اعمال تعقيد على المبتدي (ثم) ان من توجهت عليه اليمين اما ان يثبت لنفسه حقا او ينفي عنها او يثبت لغيره حقا او ينفي عنه فهذه اربع صور اشار اليها بقوله

(ومثبت لنفسه ومن نفى * عنها على البتات يبدي الحلفا)

(ومثبت لغيره ذاك اقتفا * وان نفى فالنفي للعلم كفى)

يعني ان من وجبت عليه اليمين فان كان قد اثبت لنفسه امرا او نفى عنها امرا فانه يحلف يمينا كما يجب حيث يجب على البت في الصورتين ولا تقيد على نفي العلم لان دعواه صدور شيء منه او نفي صدوره عنه يعلم هو قطعا صدقها او كذبها فالمثبت لنفسه كمن اقام شاهدا بحق على آخر او ردت عليه اليمين فانه يحلف ان له عليه كذا من وجه كذا طبق دعواه ويستحق ويحلف المطلوب في النفي ما له علي كذا ولا شيء منه بعد قوله بالله الخ كما مر ويحلف الطالب اذا صار مطلوبا في دعوى القضاء بالله الذي لا اله إلّا هو ما قبضت من فلان كذا ولا شيء منه ويزيد في الميت او الغائب

ولا استحلت على احد ولا احلت به احدا ولا وهبته له ولا شيء منه ولا قدمت احدا يقتضيه منه ولا اسقطته عنه وانه لباق عليه الى يمينه هذه كما مر قريبا ، وان كان قد اثبت لغيره امرا او نفى عنه امرا فيحلف على البت في صورة وعلى نفي العلم في صورة فالمثبت لغيره كمن ادعى دينا لابيه الميت واقام به شاهدا واحدا او لم يكن له شاهد وردت عليه اليمين فيحلف على البت معتمدا في بته على ظن قوي ولا يصرح به بالله الخ ان ما شهد به الشاهد او ان ما يدعيه لحق ويستحق ، والنافي عن غيره يحلف على نفي العلم كوارث ادعى انسان على مورثه دعوى مجردة فيحلف من يظن به العلم ممن تتوجه عليه اليمين يقول بعد الحلف انه لا يعلم له كذا من وجه كذا ولا شيء منه على مورثه فان حلفها على البت اجزأته وقيل لا ويعيدها وكذا اذا ادعى انسان ان لابيه الميت دينا على ميت او غائب واقام به شاهدين فانه يحلف يمين القضاء عن ابيه بانه لا يعلم ان اباه اقتضى ذلك الدين ولا شيء منه على نحو ما مر فان اقام به شاهدا واحدا حلف يمينين احداهما على البت تتميما للنصاب والاخرى يمين القضاء على نفي العلم (ثم) اخذ في الكلام على القسم الرابع وهو اليمين مع شاهد عدل لكمال النصاب وتحته اربع صور لان من قام له شاهد واحد اما بالغ سفيه او عبد او رشيد او صبي وقد تكلم الناظم على جميعها اما بالتنصيص واما بطريق المساوات واما بالاحرى وقد اشار الى الاول والثاني والثالث منطوقا ومفهوما فقال

(والبالغ السفيه بان حقه * يحلف مع عدل ويستحقه)

يعني ان البالغ السفيه المولى عليه اذا ظهر حقه بشهادة عدل واحد او ما يقوم بمقامه مما تقدم فانه يحلف مع شاهده ويستحق حقه ولا يستان باليمين لرشده كالصبي فان نكل عن اليمين حلف المطلوب وبرىء موقتا الى رشد السفيه على القول بان حقه لا يسقط بنكوله وهو الراجح فاذا رشد وحلف استحقه وان نكل سقط حقه ولا يحلف المطلوب مرة ثانية ومثل السفيه العبد ومفهوم السفيه الرشيد وهو احرى

واولى باليمين مع الشاهد ومفهوم مع عدل انه اذا كان الحق بشهادة عدلين فلا يمين وان توجهت عليه يمين القضاء فهل يحلفها حالا وهو ظاهر كلامه او ترجى له اليمين الى رشده وهو الراجح وبه العمل قولان وقولـــــه

(وترجؤ اليمين حقت للقضا * لغير بالغ وحقه اقتضى)

حقه ان يكون ملاصقا لقوله والتي بها القضا وجوب البيتين للسلامة من ادخال بعض احكام يمين القضآء اثناء اليمين مع الشاهد والمعنى ان الصبي اذا ثبت له حق على ميت او غائب ونحوهما ممن لا يقتضى منه الحق إلّا بعد يمين القضـآء فانه يقتضى له حقه الواجب له الان وتوخر اليمين التي وجبت عليه الى بلوغه رشيدا فان حلف بعد رشده بقي حقه بيده وان نكل عنها رد الحق الى من اخذه من يده • واشار الى حكم الرابع بقولـــــــه

(وحيث عدل للصغير شاهدا * بحقه وخصمه قد جحدا)

(يحلف منكر وحق وقفا * الى مصير خصمه مكلفا)

(وحيث يبدي المنكر النكولا * بلغ محجور به المأمولا)

الابيات الثلاثة يعني ان الصغير اذا قام له شاهد واحد او ما يقوم مقامه بحق وخصمه منكر لذلك فان خصمه المشهود عليه يحلف يمينا كما يجب حيث يجب ان ما شهد به الشاهد ليس بحق فاذا حلف ترك الشيء المشهود بـه موقوفا بيده على المشهور وقيل تحت يد امين الى ان يبلغ الصبي رشيدا ويكتب القاضي له بذلك رسما بما صح عنده من شهادة الشاهد فان بلغ رشيدا وحلف اخذ حقه وان نكل فلا شيء له ولا يحلف المطلوب مرة ثانية فان نكل خصمه المنكر عن اليمين من اول الامر حكم للصغير بحقه في الحال والى هذا اشار بقوله وحيث يبدي البيت ولا يحلف اذا بلغ رشيدا على المشهور وبه العمل • ومثل الصبي الغائب اذا اقام وكيله شاهدا بحقه

على ءاخر فيحلف المطلوب ليترك الشيء بيده موقوفا الى قدوم الغائب ويكتب القاضي له بذلك رسما كذلك فاذا قدم وحلف اخذ حقه وان نكل فلا شيء له ولا يحلف المطلوب ثانية فان نكل المشهود عليه عن اليمين من اول الامر حكم للغائب بحقه في الحال ولا يحلف اذا قدم وقولـــــه

(والبكر مع شاهدها تحلف * وفي ادعاء الوطء ايضا تحلف)

يعني ان البكر البالغ اذا قام لها شاهد حسي بحق على ءاخر وانكره فانها تحلف معه حيث لم تجد سواه وتستحق حقها منه كما تقدم في السفيه البالغ او قام لها شاهد عرفي فان ادعت على زوجها الوطيء حيث كان خلا بها وانكره فانها تحلف معه ايضا وتستحق منه الصداق كاملا وقد تقدم هذا الفرع عند قوله وهاهنا عن شاهد قد يغني ارخاء ستر البيت مستوفى فراجعه ان شئت وقولـــــــه

(وفي سوى المشهور يحلف الاب * عن ابنه وحلف الابن مذهب)

ما تقدم من ان الصبي لا يحلف مـع شاهده هو المشهور وفي سوى المشهور يحلف الاب عنه لانه يمونه وينفق عليه وروي ان الصبي يحلف مع شاهده كالبالغ السفيه واليه اشار بقوله وحلف الابن مذهب وحلف بفتح الحـاء وسكون اللام اي يمين الابن مع شاهده مذهب ضعيف قال ابن رشد هذا المذهب بعيد لا تحتمله القواعد اي وذلك لان الصبي لما كان غير مكلف ويعلم انه لا يأثم بالكذب ولا بغيره فقد يحلف على الباطل (ولمـا) كانت مسئلة الصبي المارة قريبا وهي اذا شهد له شاهد بحقه وانكر خصمه ما وقعت به الشهادة فانه يحلف ويوقف المدعى فيه اما بيده او تحت يد امين كما مر لها شبه بالرهن لان الرهن تارة يكون تحت يد رب الدين وتارة يكون تحت يد امين ناسب ذكر باب الرهن عقب باب اليمين فقـــــال

باب الرهن وما يتعلق به

اي هذا باب في بيان حقيقة الرهن وبيان ما يتعلق بـه من حوز وضمان وبطلان واختلاف المتراهنين ويعبر عنها باللواحق (والاصل) في مشروعيته قـول الله تعلى وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة ، وحكم الشرع فيه الجـواز في الحضر والسفر وخصه مجاهد بالسفر لظاهر الاية وكافة العلماء على رد ذلك لان هذا الكلام وان كان خرج مخرج الشرط فالمراد به غالب الاحوال والدليل عليه ان النبيء صلى الله عليه وسلم رهن درعه في طعـام وهو بالمدينة ولم يكتب وذلك لان الكاتب انما يعدم في السفر غالبـا فاما في الحضر فلا يكون ذلك بحال قـاله ابن العربي . (وحكمة) مشروعية حفظ المال (والرهن) لغة اللزوم والحبس يقـال هذا رهن لك اي محبوس دائم لك قال الله تعلى كل نفس بما كسبت رهينة اي محبوسة واصطلاحا يطلق تارة على العقد يقال الرهن صحيح ويطلق تارة على المال المقبوض توثقا كقول الفقهاء وان جنى الرهن وغلة الرهن وغير ذلك ولهذا عرفه الامام ابن عرفة بقولـه الرهن مال قبض توثقا به في دين انتهى فيخرج بقوله توثقا به الوديعة والمصنوع بيد صانعه فان كلا منهما لم يقبض للتوثق به ويخرج به ايضا قبض المجني عليه عبدا جنى عليه لانه لم يقبض للتوثق اصلا وان كان كل من المصنوع والعبد الجاني يشاركان الرهن في الاحقية والاختصاص به عن الغرمآء فلا يسميان رهنا لجواز اشتراك المختلفات في امر يخصها ، وعرفـه الوانوغي بقولـه عقد لازم لا ينقل الملك قصد بـه التوثق في الحقوق انتهى وذلك بعد ان قـال لا خفاء في اشكال تعريف شيخنا اي ابن عرفـة الرهن بانه مال قبض توثقـا به في دين لانه لا يشمل من الرهن إلّا ما هو مقبوض ولا خلاف في المذهب ان القبض ليس من حقيقة الرهن انتهى وكما انـه ليس بركن ليس بشرط في صحته ايضا اذ يصح الرهن بدونه وانما القبض شرط في الاختصاص به كما سياتي قريبا ، ولا يقال ان تعريف الوانوغي يشمل الضمان فيكون غير مانع

لانا تقول بل هو خارج بقوله عقد اي على متمول بقرينة قوله لا ينقل الملك كما في حاشية الشيخ قنون على الزرقاني فالضمان ليس فيه شيء مملوك ينقل او لا ينقل حتى يكون داخلا في تعريفه . وعرفه الناظم بقوله (الرهن توثيق بحق المرتهن) يعني ان الرهن هو المال الذي يضعه مالكه توثيقا بحق المرتهن بكسر الهاء فله حبسه حتى يستوفي حقه فخرج به ما يعطى لا على سبيل التوثيق بل على سبيل الملك كالبيع او الانتفاع كالمستاجر والمعار . وله اركان ولواحق المعبر عنها بالمتعلقات (فاما) اركانه فخمسة الراهن والمرتهن بكسر الهاء والمرتهن بفتحها وهو الشيء المرهون ويسمى رهنا ايضا كما علمت والمرهون به والصيغة (فالراهن) من فيه اهلية المعاملة فيصح ويلزم من الماذون له في التجارة والمكاتب والمحجور يرهن عنه ابوه او وصيه فيما يشتريه له من طعام ونحوه فان رهن المحجور عليه المميز بدون اذن حاجره فانه يصح ولا يلزم فان اجازه الحاجر مضى وإلّا فلا (والمرتهن) بكسر الهآء من له الحق على الراهن ويصح منه الحوز فالمحجور يقبض له وليه لان قبضه كلا قبض (والمرتهن) بفتح الهآء ما يباع او كان غررا كما ياتي (والمرهون به) هو ان يكون دينا في الذمة يمكن استفاؤه من الرهن لازما او صائرا الى اللزوم فلا يصح رهن في شيء معين كبيع دابة معينة على ان ياخذ المشتري من البائع رهنا على انها ان استحقت اتى له بعينها من ذلك الرهن لانه مستحيل عقلا او منفعة معين كمن اكترى دابة بعينها على رهن فان تلفت او استحقت اتى له بعينها من ذلك الرهن ليستوفي منها المنفعة لاستحالة ذلك ايضا واما ان اخذ رهنا على ان يستوفي قيمة المعين منه او قيمة المنفعة فهو جائز على اصل الباب . ولا يصح رهن في القراض ولا في كتابة المكاتب لان كل واحد منهما غير لازم ويصح الرهن بالجعل لانه يصير الى اللزوم ولا يشترط في الدين ان يكون معلوما من اول الامر بل لو دفع رجل لاخر رهنا بما يداين به زيدا مثلا ليكون رهنا بما يداينه به الى مبلغ قيمته جاز قاله صاحب لب اللباب (والصيغة) هو ما دل على خاصيته (خ) وفي افتقار الرهن للفظ مصرح به تاويلان (ابن) عرفة همل

يفتقر الرهن للتصريح به ام لا الخلاف بين ابن القاسم واشهب فلو دفع رجل الى ءاخر سلعة ولم يزد على قوله امسكها حتى ادفع لك حقك كانت رهنا عند اشهب لا عند ابن القاسم انتهى مواق (واما) لواحقه فهي ما عدى الاركان من المسائل التي تذكر منها قوله (وان حوى قابل غيبة ضمن)

(ما لم تقم له عليه بينه * مما جرى في شانه معينه)

(وان يكن عند أمين وقفا * فلا ضمان فيه مهما تلفا)

يعني ان المرتهن اذا ادعى ضياع الرهن او تلفه فانه يضمن بشروط ثلاثة (احدها) ان يكون بيده (ثانيها) ان يكون مما يغاب عليه كحلي وسلاح وثياب ونحوها من كل ما يمكن اخفاؤه وكتمه (ثالثها) لم تشهد بينة بحرقه او سرقته او تلفه ولو شرط المرتهن في عقد الرهن عدم الضمان فانه يضمن ولا ينفعه شرطه او علم احتراق محله المعتاد وضعه فيه وادعى حرقه مع متاعه فيضمن لاحتمال كذبه إلّا اذا بقي بعضه معطوبا محرقا او مقطوعا او مكسورا او مبلولا مع علم احتراق المحل فلا ضمان عليه حينئذ (فان) لم يكن تحت يده بان كان تحت يد أمين فلا ضمان عليه ولا على الأمين سوآء كان مما يغاب عليه او لا بل ضمانه من الراهن وان لم يكن مما يغاب عليه بان كان مما لا يغاب عليه كعبد أو دابة او سفينة راسية بالمرسى او شهدت بينة بهلاكه بغير سببه مع علم احتراق محله مثلا فلا ضمان عليه ولو اشترط عليه الراهن الضمان إلّا ان يتبين كذبه في دعواه موت الدابة مثلا ولم يعلم بموتها احد في سفر او حضر او يكون عطبه بسببه فانه يضمن ، وحيث كان الضمان لازما للمرتهن فيما يغاب عليه فلا بد من حلفه انه تلف بلا دلسة في دعوى التلف وانه لا يعلم موضعه في دعوى الضياع سواء كان متهما او لا لاتهامه على اخفائه رغبة فيه فان حلف غرم القيمة في المقوم او المثل في المثلي وان نكل حبس فان طال سجنه دين وغرم المثل او القيمة وهل يحلف المرتهن فيما لا يغاب عليه او لا يحلف في ذلك اقوال ثلاثة وهي يحلف

مطلقا متهما او لا وعدم خلفه مطلقا ثالثها يحلف المتهم دون غيره واختير القول الاول لانه اذا حلف فيما يضمنه فاولى فيما لا يضمنه وقول الناظم تلفا بكسر اللام على وزن فرح (فروع) الاول ان كان التلف بتعدي اجنبي فللراهن طلبه ثم ان اتى برهن ثقة مكان ذلك الرهن اخذ القيمة وإلّا جعلت هذه القيمة رهنا وطبع عليها (الثاني) ان اختلفا فدعا احدهما الى كونه عند المرتهن والاخر الى ان يكون عند امين فالقول لمن دعا لوضعه عند امين فان اختلفا في تعيينه نظر الحاكم هذا كله ان وقع الرهن على السكوت ولم يكن شرط ولا عادة وإلّا عمل عليه (الثالث) اذا باع المرتهن الدين الذي على الراهن فساله المشتري دفع الرهن اليه فليس له ذلك إلّا بشرط لاكن لا يدفعه له إلّا باذن الراهن فان دفعه له بغير اذنه ضمنه قاله الحطاب (الرابع) قال في كتاب الفروق ما نصه فرق بين مسئلتين قال مالك رحمه الله اذا ادعى المرتهن تلف الرهن وهو مما يغاب عليه لم يقبل قوله ولزمه الغرم واذا ادعا المودع تلف الوديعة كان القول قوله وفي كلا الموضعين الدعوى فيما يغاب عليه فالمودع مؤتمن يقبل قوله في التلف لان الاصول مبنية على هذا لان المؤتمن القول قوله فيما يدعيه إلّا ان يوجد خلافه وايضا فان الرهن اذا كان مما يغاب عليه حصل في ذمة المرتهن لانه قبضه بحق نفسه فلم يقبل قوله في تلفه لانه مدع لبراءة ذمته اذ هي في الاصل مشغولة والوديعة لم تتعلق بذمة المودع لانه قبضها لمنفعة رب المال دون منفعته فكان القول قوله في التلف لان الاصل براءة الذمة فافترقا انتهى (ثم) شرع في بيان شروطه فقال

(والحوز من تمامه وان حصل * ولو معارا عند راهن بطل)

يعني ان حوز الرهن بالتحويز من الراهن شرط في تمام الرهن للمرتهن واختصاصه به فاو لم يحزه او حازه ثم رجع للراهن ولو باعارة وبقي تحت يده حتى حصل مانع من موت او تفليس او فوت بتحبيس او بيع او عتق بطل ولو جد في طلبه

وبقي الدين بدون رهن ولو وجد الرهن بيد المرتهن بعد موت راهنه او فلسه فادعى الغرماء بان حوزه كان بعد حصول المانع وقال المرتهن حزته قبل حصوله فان ذلك لا ينفعه حتى ياتي ببينة تشهد بانه حازه بتحويز من الراهن قبل الموت او الفلس وقيل لا يشترط التحويز وانما يشترط الحوز وهو ظاهر كلام الناظم وسواء كان بالتحويز من الراهن بان يمكنه منه بمعاينة البينة او حازه وحده بدون معاينة البينة لذلك وبالاول العمل . وفهم من قوله من تمامه انه قبل الحوز صحيح وهو كذلك لانه ليس بركن ولا بشرط كما مرّ وانما هو شرط في صحة الاختصاص به يلزم من عدمه العدم ويجبر الراهن على التحويز ويقضي عليه به ما لم يطرأ مانع او فوت كما تقدم (ومن) الحوز الصحيح قوله

(والعقد فيه لمساقاة وما * اشبهها حوز وان تقدما)

يعني ان من ارتهن حائطا من نخيل او عنب ونحوهما او ارتهن عقارا ثم عقد فيه مع راهنه مساقاة او كراء ونحوهما فان ذلك يكون حوزا له ولا يضره ذلك هذا اذا تاخر عقد المساقاة ونحوها عن الرهن بل وان تقدم عقد المساقاة ونحوها عن الرهن كان يكون تحت يده حائط على وجه المساقاة ثم يرتهنه من ربه فهو حوز . ومن شرط صحة الرهن ايضا قوله

(والشرط ان يكون ما يرتهن * مما به استيفاء حق يمكن)

(فخارج كالخمر باتفاق * وداخل كالعبد ذي الاباق)

يعني انه يشترط في صحة الرهن من اصله ان يكون مما يمكن خلاص الحق منه اما من عينه كالدراهم والدنانير او من ثمنه كالثياب او من ثمنه او ثمن غلته كالعقارات وبهذا يخرج ما كان كالخمر والخنزير اتفاقا فإنه لا يصح رهنه لانه لا يجوز بيعه حتى يستوفي منه الحق ولو كان ذلك من ذمي ويهراق على المسلم الراهن وليس عليه ان ياتي برهن ءاخر ولو كان من ذمي فرهنها من مسلم ثم فلس الذمي فالمرتهن اسوة

الغرمآء قال سحنون إلّا ان يتخلل فيكون احق بها ويدخل في الرهن الجائز رهن العبد الابق والبعير الشارد لان كل واحد منهما يمكن بيعه اذا ظفر بــه فيستوفى منه الحق وانما جاز فيه هذا الغرر الكثير للقـاعدة وهو ان كل ما يجوز بغير عوض جاز فيه الغرر كالدين سوآء كان من بيع او من سلف فانه يجـوز برهن وبدونـه لان غاية الامر اذا رهنه عبدا ءابق او بعيرا شاردا ولم يظفر به فكانه باع أو اسلف بدون رهن وذلك جائز (تنبيه) واما رهن الحبس فقال ابن ناجي في قول الرسالة وكذلك غلة الدور ما نصه واختلف في رهن الحبس فمعروف قول مالك انه ممنوع واجازه ابن ميسر كذا نقل الشيخ ابو محمد ولم يحك ابن الجلاب إلّا الجواز وعزاه ابن حارث لابن الماجشون انتهى (قلت) وشاهدت العمل بهذا القول في بلاد الجريد (ثـم) شرع في بيان ما يشترطه المرتهن على الراهن من الانتفـاع بالرهن او بيعه وحكم رهن العين والمشاع وملك الرهن اذا لم يخلص في الدين فقـــال

(وجاز في الرهن اشتراط المنفعة * إلّا في الاشجار فكل منعه)
(إلّا اذا النفـع لعـام عينـا * والبـدوّ للصـلاح قد تبينـا)
(وفي الذي الدين به من سلف * وفي التي وقت اقتضـائها خفي)

الابيات الثلاثة يعني انه يجوز للمرتهن ان يشترط على الراهن الانتفاع بالرهن لمدة معينة للخروج من الجهالة في الاجارة ما لم يؤد الى ما هو ممنوع في الشرع فانه لا يجوز ذلك في ثلاث مسائل (الاولى) اذا كان الرهن اشجارا فانه لا يجوز اشتراط منفعتها التي هي غلتهـا لانه يؤدي الى بيع ما لم يخلق وقد نهى النبيء صلى الله عليه وسلم عنه واليها اشار بقوله إلّا في الاشجار فكل منعه إلّا ان يكون اشتراط المنفعة لعام معين وقد ظهر صلاح الثمرة المشترطة فذلك جائز لخروجه عن بيع الثمـرة قبل خلقها او قبل بدو صلاحها المنهي عنه واليه اشار بقوله إلّا اذا النفع لعام عينا البيت (الثانية) اذا كان الدين من سلف فانه لا يجـوز اشتراط منفعة الرهن مطلقـا لانه

سلف يجوز منفعة وهو حرام ربى واليها اشار بقوله وفي الذي الدين به من سلف (الثالثة) اذا كان الرهن ثيابا او حيوانا ونحوهما مما يختلف الانتفاع به باختلاف الناس فمنهم من يحصل بانتفاعه به ضرر فينقص منه ومنهم من لا يحصل منه ضرر فلا ينقص منه شيء فانه لا يجوز فيه اشتراط المنفعة لعدم العلم بما ينشأ عن ذلك واليها اشار بقوله وفي التي وقت اقتضائها خفي فالمراد بالخفاء الاختلاف المذكور فان لم يكن اقتضاء المنفعة خفيا بان كان لا يختلف استعماله كالدور والارضين جاز لان المنفعة في الدور السكنى وفي الارضين الاعتمار وهما لا ينقصان شيئا من ذلك بل قد يكون فيه مصلحة للرهن ولا كذلك الثياب والحيوان . وقوله وفي الذي الدين الخ فالذي صفة لموصوف محذوف تقديره الرهن الذي وجملة الدين به من سلف من المبتدا والخبر صلة الذي والرابط بين الصلة والموصول الهاء من به وقوله وفي التي الخ اي المنفعة التي ووقت مرفوع على انه مبتدا وجملة خفي خبره والجملة من المبتدا والخبر صلة التي والرابط بين الصلة والموصول ضمير اقتضائها وقوله

(وبجواز بيع محدود الاجل * من غير اذن راهن جرى العمل)

(مع جعله ذاك له ولم يحن * دين ولا بعقدة الاصل قرن)

يعني ان من تداين بدين الى اجل على رهن يجوز له ان يجعل للمرتهن بعد عقد المعاملة وقبل حلول اجل الدين بيع الرهن ان حل الاجل ولم يخلص معه في حقه على ما جرى به العمل لانها وكالة على طواعية وللمرتهن ان يبيع الرهن اذا حل الاجل ولم يقضه حقه من غير اذن من الراهن ثانيا . ومفهوم قوله ولم يحن دين ولا بعقدة الاصل قرن انه لو جعل له بيعه بعد حلول الدين او كان مقرونا بعقدة البيع وهو المراد بالاصل كان ذلك الجعل كالعدم لانها وكالة ضغط واضطرار وعليه فلا يجوز له بيعه إلّا باذنه كما اذا لم يجعل له ذلك اصلا (ثم قال)

(وجاز رهن العين حيث يطبع * عليه او عند امين يوضع)

يعني انه يجوز رهن العين ذهبا او فضة وما جرى مجراهما من المثليات على القول المشهور بشرط ان يوضع تحت يد امين او يطبع عليه طبعا لا يقدر على فكه غالبا حيث جعل تحت يد المرتهن لانه اذا لم يجعل تحت يد امين ولم يطبع عليه يتهم المرتهن على تسلفه ورد مثله وقد قارن ذلك عقد المعامله من بيع او سلف وهو مفسد لهما لان في الاول اجتماع بيع وسلف وفي الثاني سلف بسلف . وهل الطبع شرط في صحة الرهن فان لم يحصل كان فاسدا او شرط في صحة اختصاص المرتهن به فاذا لم يطبع عليه حتى حصل مانع كان المرتهن اسوة الغرماء او انه شرط لجواز الرهن سدا للذرائع لاحتمال ان يكونا قصدا به السلف وسمياه رهنا والسلف مع المعاملة ممنوع كما تقدم وعلى هذا فاذا لم يطبع عليه لا يجوز رهنه ابتداء ولاكنه يصح بعد الوقوع ويكون المرتهن احق به قبل الطبع ان حصل مانع وهذا هو المعتمد اقوال

(والرهن للمشاع مع من رهنا * قبض جميعه له تعينا)
(ومع غير راهن يكفيه ان * يحل فيه كحلول من رهن)

يعني ان الرهن اذا كان مشاعا كجزء من دار مثلا فان المرتهن اذا طلب حوز الجميع كان له ذلك ويقضى له به لانه لا يتم له الرهن إلّا بحوز جميع ما يملكه كلا او بعضا قطعا لجولان يد الراهن فيه فان لم يحز الجميع حتى حصل مانع كان الرهن باطلا هذا اذا كان الجزء الباقي للراهن فان كان الباقي لاجنبي فيكفي في حوزه حوز البعض الذي يملكه الراهن ويحل بضم الحاء فيه محله واليه اشار بقوله ومع غير راهن البيت قوله

(والرهن محبوس بباقي ما وقع * فيه ولا يرد قدر ما اندفع)

يعني ان الراهن اذا قضى بعض الدين او سقط البعض عنه بهبة او صدقة ونحوهما فجميع الرهن ولو تعدد يكون محبوسا فيما بقي من الدين لان جميع الرهن رهن في كل جزء من اجزآء الدين ولانه قد تحول عليه الاسواق فيرخص الرهن ولا

يفي بما بقي من الدين إلّا الرهن بتمامه وحينئذ فليس للراهن اخذ شيء منه إلّا برضى المرتهن وكان مما ينقسم هذا ان كان كل من الراهن والمرتهن غير متعدد كما في النظم اما ان تعددا او احدهما فانه يقضي لمن وفى حصته من الدين باخذ حصته من الرهن فمثال تعدد كل منهما كرجلين رهنا دار يملكانها من رجلين فاذا قضى احدهما حصته من الدين كان له اخذ حصته من الدار واذا تعدد المرتهن واتحد الراهن كما لو رهن زيد من عمرو وبكر رهنا ووفى احدهما حقه كان له اخذ حصته من الرهن اذا كان الرهن ينقسم وإلّا كانت حصته امانة عند المرتهن الثاني او يجعل الرهن كله تحت يد امين ولا يمكن الراهن منه لئلا يبطل حوز الثاني كما تقدم عند قوله والرهن للمشاع مع من رهنا البيت واذا اتحد المرتهن وتعدد الراهن كما لو رهن زيد وعمرو دارا يملكانها من بكر فكل من قضى دينه مكن من حصته ولا يحتاج في هذه لامين لقوله المتقدم ، ومع غير راهن يكفيه ان ، يحل فيه كحلول من رهن ، البيت (تتمة) قال المواق ما نصه من المدونة من ارتهن دابة او دارا او ثوبا فاستحق نصف ذلك من يد المرتهن فباقيه رهن بجميع الحق انتهى فهذه عكس ما قبلها لان ما قبلها جميع الرهن رهن في بعض الدين وهذه بعض الرهن رهن في جميع الدين (وقول) الناظم بباقي ما وقع الخ جار ومجرور متعلق بمحبوس وباقي مضاف وما اسم موصول مضاف اليه واقع على الدين وجملة وقع فيه صلته والرابط بينهما ضمير فيه ويرد بضم اوله وفتح ما قبل اخره مبني للنائب وقدر مرفوع على انه نائب فاعل وهو مضاف وما واقع على المال مضاف اليه وجملة اندفع صلته والله اعلم (ثم) ذكر شرطا من الشروط المنافية للعقد فقال

(وشرط ملك الرهن حيث لا يقع * انصافه من حقه النهي وقع)

يعني ان الراهن اذا قال للمرتهن ان جئتك بحقك لشهر كذا مثلا وإلّا فالرهن لك بما فيه فهذا لا يصح ولا يحل لانه منهي عنه وعليه فان جاء صاحب الدين بعد الاجل

فهو له وينتقض هذا الرهن ولا ينتظر به الاجل ويصير السلف حالا وله ان يحبس الرهن حتى ياخذ حقه وهو احق به من الغرماء هـذا ان كان الدين من سلف فان كان من بيع رد البيع إلّا لفوت فيكون رهنا في قيمة المبيع اذا كان ذلك في صلب العقد فان كان الرهن والشرط بعده فسخ الرهن خاصة وبقي الدين بلا رهن (واما) اشتراط بيعه ووفآء الدين من ثمنه باذنه او باذن الحاكم اذا تغيب فهو جائز لانه من باب اشتراط ما يقتضيه العقد اما اشتراط بيعه بدون اذنه فقد تقدم الكلام عليه قريبا (ولما فرغ) من الكلام على الرهن وبعض متعلقاته شرع في بيان بقية ما ذكره منها فقال (فصل في اختلاف المتراهنين) في عين الرهن او في حلول اجلـه او في صفته . وبدأ بالاول فقـــال

(وفي اختلاف راهن ومرتهن * في عين رهن كان في حق رهن)
(فالقول قول راهن ان صدقا * مقـاله شاهد حـال مطلقا)
(كان يكون الحق قدره مائه * وقيمة الرهن لعشر مبديه)

يعني ان المتراهنين اذا اتفـقا في الرهنية واختلفا في عين الرهن الموضوع تـحت يد المرتهن في مائة مثلا فلما اتى الراهن ليقضيه المائة اخرج له المرتهن ساعة من نحاس مثلا تساوي عشرة فقال الراهن ليس هذا رهني بل رهني ساعة من ذهب تساوي مائة او اكـثر فالقول للراهن مع يمينه لانه ادعى ما يشبه ان يكون رهنا في المـائة وهو معنى قوله ان صـدقا مقاله شاهد حال لا قول المرتهـن لانه ادعى ما لا يشبه وسوآء كان متهما او لا وهو معنى قوله مطلقـا وما درج عليه الناظم قول مبني على ان الدين يكون شاهدا للرهن كما ان الرهن يكون شاهدا للدين والقول المشهور خلافه وهو ان الدين لا يكـون شاهدا للرهن وعليه فالقول للمرتهن مع يمينه وان لم يشبه لانه غارم ولانه امنه حيث جعله تحت يده بدون اشهاد على عينه (قلـت) لولا هذا لمالت نفسي الى القول الذي مشى عليه الناظم لاهل هذا الزمـان وحيث

فرط الراهن في الاشهاد على عينه فالدرك عليه (وفي) شرح المواق على قول صاحب المختصر وهو كالشاهد في قدر الدين لا العكس ما نصه قال اصبغ من رهن رهنا بالف دينار فجاء ليقضيه فاخرج المرتهن رهنا يساوي مائة دينار فقال الراهن ليس هذا رهني وقيمة رهني الف دينار وذكر صفة تساوي الفا فالراهن مصدق مع يمينه لانه ادعى ما يشبه وادعى المرتهن ما لا يشبه فاذا حلف سقط عنه من الدين مقدار قيمة رهنه وقال اشهب القول قول المرتهن وان لم يساو إلّا درهما واحد وقال عيسى عن ابن القاسم نحو قول اشهب ابن حبيب وبه اقول قاله ابن عبد الحكم ابن يونس كما لو قال لم ترهني شيئا انتهى وحيث كان الرهن شاهدا لقدر الدين وانه يباع للقضاء من ثمنه نظمت فيه لغزا فقلت

قل للفقيه المرتضى في سيرته * ما شاهد يباع في شهادته

(ثم ثنى) بالثاني فقال

(والقول حيث يدعي من ارتهن * حلول وقت الرهن قول من رهن)

يعني ان المتراهنين اذا اتفقا على اصل الرهن واختلفا في حلوله وعدم حلوله لترجع منفعة الرهن للراهن مثلا او تبقى بيد المرتهن فالقول للراهن مع يمينه ان اتى بما يشبه وسواء ادعى المرتهن ما يشبه او لا لان الاصل الاستصحاب وهو عدم انقضاء الاجل (وختم) بالثالث فقال

(وفي كثوب خلق ويدعي * جدته الراهن عكس ذا وعي)
(إلّا اذا خرج عما يشبه * في ذا وذا والعكس لا يشتبه)

يعني ان المتراهنين اذا اتفقا على عين الرهن كثوب واختلفا في حاله وصفته فادعى الراهن جدته وان المرتهن استعمله حتى ابلاه فصار خلقا بكسر اللام وادعى المرتهن انه رهنه كذلك باليا فالقول للمرتهن ان اتى بما يشبه ايضا فان خرج الراهن عما يشبه في الاختلاف في الحلول وخرج المرتهن عما يشبه في الاختلاف في الصفة فيكون الحكم بالعكس وهو ان القول للمرتهن في الاولى وللراهن في الثانية هذا معنى قوله إلّا

اذا خرج عما يشبه البيت وقوله في ذا وذا الاشارة الاولى ترجع لقبول قول الراهن في مسالة الاختلاف في حلول الاجل وعدم حلوله والثانية ترجع لقبول قول المرتهن في مسئلة الاختلاف في الصفة (فروع الاول) فان اختلفا في الرهنية كان يقول احدهما رهن والاخر عارية اووديعة فالقول لمدعي نفي الرهنية (خ) والقول لمدعي نفي الرهنية ابن عرفة عن اللخمي إلّا ان يشهد العرف بضده كخاتم عند بقال او خباز انتهى (قلت) وهذا هو التحقيق من انه ينظر الى حالهما خصوصا هذا الزمان فان الرهن فيه اكثر من الوديعة والعارية وحينئذ فالحكم للغالب في هاته المسئلة والله الموفق للصواب (الثاني) وفي نوازل البرزلي افتى فقهاء قرطبة فيمن ادعى انه رهن داره بكذا وادعى الاخر انه اشتراها بكذا اكثر من الاول فالمشتري مدع فعليه البينة بدعواه فان عجز حلف الاخر انه ما باع ولا كتب به وثيقة وانها رهن وبعد يمينه يغرم لمدعي الشراء الثمن المدعى به ان كان مثل قيمة الدار فاكثر وان كان اقل حلف الراهن انه ما رهنه إلّا بكذا وغرم قيمة الدار وان نكل غرم ما ادعاه المشترى ويحاسبه بما سكن انتهى من العلمي ويليه وفي المعيار من جواب لبعضهم عن رجلين تخاصما ادعى احدهما الشراء والأخر الرهن ولا بينة لاحدهما إلّا ان الذي ادعى الشراء لها في يده ازيد من عشرة اعوام ما نصه القول قول مدعي الرهن إلّا ان يفوت بالبناء والهدم والغرس والقلع بما يفوت به البيع الفاسد في الرباع على مذهب ابن القاسم اه مختصرا من المعيار وكتب عليه اخي سيدي محمد بن عيسى الشريف يقول محمد بن عيسى ومن هذا المعنى ما للمازرى فمن طلب رهنا زعم انه كان في حق قبله منذ عشرة اعوام فاجاب ان كان مثل هذا لا يسكت عن طلب ما ذكر طول هذه المدة من غير عذر فان اليمين تسقط انتهى (الثالث) وفي المعيار سئل ابن عرفة عن رجل رهن أصلا وحوز للمرتهن رسمه المكتوب فتلف عند المرتهن رسمه المكتوب فاجاب بانه ينظر الى قيمة الاصل برسمه وقيمته من غير رسم فما بينهما يضمنه او يثبت ملك الاصل انتهى (قلت) وفي زماننا هذا ثم فرق بين الملك برسم الاصل وبين الملك

برسم الوثيقة فما كان من الاملاك برسم الوثيقة يعد معيبا إلّا اذا تعددت فيه البياعات وعليه فيغرم ما بينهما (الرابع) ومن المعيار سئل ابن ابي الدنيا عن رهان أهل الزمان وما شاع من فساد معاملتهم فيه فاجاب قال الله تعلى واحل الله البيع وحرم الربى وقال وذروا ما بقي من الربى ان كنتم مؤمنين فتضمنت ألاية وعيدين نفي الايمان عن مفهوم الشرط ومحاربة الله ورسوله وفي مسلم عن جابر بن عبد الله قال لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم ءاكل الربى وموكله وكاتبه وشاهده وقال هم سوآء وهو يعضد الوعيد السابق والجاري في معاملة تونس على ما بلغني عام سبعة وسبعين وستمائة حين قلت الاحكام ثم عافا الله أن من يريد ارتهان دار او حانوت بكذا وكذا دينارا على استغلال الموضع او اكرية ما يكرى منه فيتفقون على شيء ويذكرون ان الشهود لا يشهدون على هذا فيذكرون من العروض ما يسوغون الاشهاد عليهم وربما احضروه ثم ردوه الى ربه ويعطون الدنانير او الدراهم وهذا سلف جر نفعا بلا خلاف وهو ما كانت تفعله الجاهلية ودفع الدنانير بغير سلعة اقل وقوعا من الاول فلما كثر التداعي في ذلك بحثت عليه واستفهمت الشهود وغيرهم فذكروا انه الغالب من معاملة الناس وجماعة منهم يتوقون الشهادة في الرهان لذلك فلما تحقق ان الغالب الفساد رايت ان القول قول مدعيه من الخصوم لشهادة العرف له قيل والعادة في تونس في الاغلب في الرهان والعينة في ءاخر القرن الثامن واول التاسع كذلك والصواب انه ينظر الى الاخذ والمعطي فإن كان مثلهما ممن لا يعمل بذلك او احدهما فالقول قول مدعي الصحة وإلّا فالحكم بالفساد لا سيما ان كانت المعاملة مع اليهود لانه لا يقصدهم إلّا الفسقة او ذو الحاجة الشديدة او من يبين من معاملة المسلمين فالصواب ان المعاملة معهم تحمل كلها على الفساد وقد اشبههم عامة النسآء في معاملتهم في هذا الزمان إلّا القليل وبالله التوفيق انتهى (الخامس) قال الحطاب اذا ادعى المرتهن انه رد الرهن الى الراهن وقبض الدين وانكر الراهن الرد فالقول قول الراهن ان كان مما يغاب عليه قبضه ببينة او بغير بينة وان كان مما لا يغاب عليه فالقول قول المرتهن إلّا

ان يكون قبضه ببينة (السادس) من له دينان على انسان كعشرين دينارا عشرة برهن وعشرة بغير رهن ثم قضاه عشرة وقال هي عن دين الرهن وخالفه المرتهن فقال بل هي عن العشرة بلا رهن فانهما يحلفان وتوزع العشرة على الدينين فتصير العشرة الباقية نصفها برهن ونصفها بلا رهن كمسالة الحمالة وفي الحطاب عند قول صاحب المختصر وان اختلفا في مقبوض فقال الراهن عن دين الرهن وزع بعد حلفهما كالحمالة ما نصه قال في كتاب الرهن من المدونة وان كان لك على رجل مائتان فرهنك بمائة منها رهنا ثم قضاك مائة وقال هي التي فيها الرهن وقلت له انت هي التي لا رهن فيها وقام الغرماء او لم يقوموا فان المائة يكون نصفها بمائة الرهن ونصفها للمائة الاخرى ابن يونس يريد بعد ان يتحالفا ان ادعيا البيان وقال اشهب القول قول المقتضي ونصها في الحمالة منها ومن له على رجل الف درهم من قرض والف درهم من كفالة فقضاه الفا ثم ادعى انها القرض وقال المقتضى بل هي الكفالة قضي بنصفها عن القرض ونصفها عن الكفالة وقال غيره القول قول المقتضى مع يمينه لانه مؤتمن مدعى عليه وورثة الدافع في قولهما كالدافع اه قال ابن رشد فإن حلفا جميعا او نكلا جميعا قسم ما اقتضي بين المالين وان حلف احدهما ونكل الاخر كان القول قول الحالف انتهى ما به الحاجة (السابع) وفي ابن سلمون واذا دفع المرتهن الى الراهن رهنه ثم جاء بعد ذلك يدعي انه دفع اليه الرهن ولم يوفه حقه فالقول قول الراهن انه قضاه على ما رواه ابن القاسم عن مالك في العتبية خلاف ما في نوازل اصبغ من ان القول قول المرتهن اذا كان قيامه بالقرب قال ابن رشد ولا خلاف اذا طال الامد إن القول قول الراهن ولكل من القولين حجة اه (الثامن) وفي المعيار سئل ابن كنانة عن الرجل يرهن مال امراته او يبيعه ثم تنكر امراته فاجاب عليها اليمين بالله ما امرت ببيع ولا برهن ولا اذنت له في ذلك ثم تاخذ الذي لها قيل له لم رايت عليها اليمين ولم يكن بينها وبين المشتري ولا المرتهن مخالطة ولا ملابسة قال من اجل ان الرجل يلي بيع مال امراته والنظر لها فيه انتهى

(التاسع) وان اختلفا في قيمة رهن تلف عند المرتهن لتشهد على الدين او ليغرمها المرتهن حيث توجه الغرم عليه تواصفاه فان اتفقا على الصفة قومه اهل المعرفة وقضي بقولهم وكفى المقوم الواحد على الراجح فان اختلفا في صفته فالقول للمرتهن بيمينه ولو ادعى شيئا يسيرا لانه غارم كما مر فان تجاهلا بان قال كل واحد منهما لا علم لي بصفته فالحكم ان الرهن يكون فيما رهن فيه ولا يرجع احدهما على صاحبه بشيء فان علمه احدهما وجهله الاخر حلف العالم على ما ادعى فان نكل فالرهن فيما فيه (العاشر) وان انقضت مدة المنفعة التي اشترطها المرتهن على الراهن وتمادى على السكنى والاعتمار في الدار وغيرها فللراهن ان يحاسبه بكراء ما زاد على المدة المشترطة بحسب ما يقدره اهل المعرفة كما في الاجوبة الفاسية العمرانية (ولما) كان الضمان كالرهن في التوثق به ذكره عقبه فقال

﴿ باب الضمان وما يتعلق به ﴾

اي هذا الباب في بيان اركان الضمان وما يتعلق به من غرم وعدمه وسقوطه بفساد اصله ويعبر عنها باللواحق (والضمان) من ضمن بكسر الميم مصدر ومعناه لغة الالتزام والكفالة كما في المصباح ومختار الصحاح . واصطلاحا عرفه الامام ابن عرفة بقوله التزام دين لا يسقطه او طلب من هو عليه لمن هو له انتهى فقوله لا يسقطه الجملة في محل رفع صفة لالتزام لا في محل خفض صفة لدين كما في الشيخ ميارة اي التزام لا يسقط الدين عمن هو عليه لبقائه في ذمة المضمون فقوله التزام دين جنس يشمل الحمل والحمالة التي هي الضمان وقوله لا يسقطه فصل يخرج به الحمل كمن التزم اداء دين او صداق عن الغريم او الزوج لرب الدين او الزوجة بدون رجوع الملتزم على من ادى عنه لان الالتزام فيه يسقط الدين عن الغريم بخلاف الحمالة واما الحوالة فلا تدخل في التعريف اصلا حتى يحتاج الى اخراجها

لان المحال لم يلتزم دينا والمحال عليه لم يحدث التزاما بل الدين ثابت عليه ولازم له بالاصالة فلا يكون فردا من افراد التزام دين كالحمل . وقوله او طلب بالجر عطف على دين اي التزام دين او التزام طلب يدخل فيه ضمان الوجه وضمان الطلب (والاصل) في مشروعيته قول الله تعلى ولمن جاء به حمل بعير وانابه زعيم بنآء على ان شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ناسخ وقال القاضي ابو اسحق ليس هذا من باب الكفالة فانها ليس فيها كفالة انسان من انسان وانما هو رجل التزم عن نفسه وضمن منها وذلك جائز لغة لازم شرعا قال الشاعر

فلست بثامر فيها بسلم * ولكني على نفسي زعيم

قال الامام ابو بكر هذا الذي قاله القاضي ابو اسحق صحيح في ان الزعامة فيه نص فاذا قال انا زعيم فمعناه اني ملتزم واي فرق بين ان يقول التزمته عن نفسي او التزمت عن غيري انتهى وقال عليه الصلاة والسلام العارية مؤداة والمنحه مردودة والدين مقضى والزعيم غارم الحديث والمنحة الشاة او نحوها تعار لاخذ لبنها (وحكم) الشرع فيه الجواز دليله الاية والحديث المذكوران ما لم يؤد الى ضمان بجعل او سلف جر منفعة كما سياتي . وحكمة مشروعيته حفظ المال بالتوثق والرفق والتوسعة على الغريم (واركانه) خمسة الصيغة والضامن والمضمون والمضمون له والمضمون عنه فالاول منها قوله

(وسمي الضامن بالحميل * كذاك بالزعيم والكفيل)

اراد بهذا بيان صيغ الضمان واعلم ان لكل اهل اقليم من الاقاليم لفظ منها يخصه فالحميل لغة اهل مصر والزعيم لغة اهل المدينة والكفيل لغة اهل العراق كما في القسطلاني والضامن لغة اهل افريقية . وقال في لب الالباب هنا تسعة الفاظ مترادفة الحمالة والضمان والكفالة والزعامة والقبالة والادانة ومثلها غرير وضبير وكوين (وفي) ابن عرفة الصيغة ما دل على الحقيقة عرفا ففيها من قال انا حميل بفلان او

زعيم او كفيل او ضامن او قبيل او هو لك عندي او علي او الي او قبلي فهي حمالة لازمة ان اراد الوجه لزمه وان اراد المال لزمه انتهى وقوله

(وهو من المعروف فالمنع اقتضى * من اخذه اجرا به او عوضا)

يعني ان الضمان لما كان من المعروف والطاعة لله عز وجل كالقرض والجاه امتنع ان يؤخذ عليه جعل كما يمتنع ان يكون على صوم او صلاة لان طريقها ليس لكسب الدنيا وسواء كان من المدين او من رب الدين او من غيرهما ولانه يؤدي الى امر ممنوع وهو الغرر او سلف جر منفعة وذلك لانه اذا تحمل بمائة على ان يعطيه عشرة قد يعدم المدين فيخسر الضامن تسعين وقد يؤدي فيربح العشرة وان ادى الضامن ثم رجع عليه كان سلفا جر نفعا فان وقع ونزل وكان صاحب الحق عالما بذلك سقطت الحمالة ورد الجعل وان لم يكن بعلمه فالحمالة لازمة للحميل ويرد الجعل وكذلك يمنع الضمان اذا كان في مقابلة عوض كضمان مضمونه كان يقول رجل لاخر اضمني لفلان وانا اضمنك لفلان إلّا في مسالة تاتي قريبا هذا اذا كان الجعل يصل للحميل بل ولو كان يصل للمدين فهو ممنوع واليه اشار بقوله

(والحكم ذا حيث اشتراط من ضمن * حطا من المضمون عمن قد ضمن)

يعني اذا قال رجل لرب الدين حط عن غريمك عشرة من المائة وانا حميل لك بالباقي الى اجل كذا كان ممنوعا لان الذي سقط عن الغريم كانه وصل للضامن وظاهره كان الدين حالا او مؤجلا وهو كذلك على احد قولين والراجح التفصيل وهو انه اذا كانت المائة حالة فلا باس به لانه كان له ان يأخذ بحقه حالا فتاخيره اياه كابتداء سلف بحميل وان كانت المائة مؤجلة فهو ممنوع على مذهب ابن القاسم كما قال لان اخذ الكفيل في حكم تعجيل الحق فاشبه ضع وتعجيل وهو ممنوع وقيل لا باس به والله تعلى اعلم . وقوله فالمنع منصوب على انه مفعول مقدم باقتضى والباء من به بمعنى على وقوله ذا اشارة للمنع وضمن الاول بفتح اوله والثاني بضمه مع

كسر الميم فيهما فالاول مبني للفاعل والثاني مبني للنائب ثم اشار الى المسئلة المستثناة من الحكم السابق بقوله

(وباشتراك واستواء في العدد * تضامن خفف فيه ان ورد)

يعني ان ضمان كل واحد منهما او منهم لصاحبه في اشتراء سلعة معينة شركة بينهما في قدر ما ضمنه فيه الاخر جائز لانه ورد عن الماضين وبعبارة اخرى انه يجوز على وجه الرخصة ان يشتري اثنان فاكثر شيئا بثمن في الذمة على ان يضمن كل واحد منهما او منهم بقية اصحابه بشرطين احدهما اشتراكهما في الشراء وثانيهما الاستواء في العدد اما لو وقع الشراء بدون اشتراك فهي المسئلة المتقدمة ولو اشترياه على الثلث والثلثين مثلا وضمن كل منهما الاخر فيما عليه لم يجز لانه سلف جر منفعة او ضمان بجعل فلم يقع الضمان لله اللهم إلّا ان يتحمل صاحب الثلث بنصف ما على صاحب الثلثين ومثل الشراء البيع كما اذا اسلمهما رجل في شيء وتضامنا فيه وكذلك اذا تسلف شخصان نقدا او عرضا بينهما على ان كل واحد منهما حميل بصاحبه على الاصح واليه ذهب ابن ابي زمنين وابن العطار خلافا لابن الفخار القائل بانه لا يجوز لانه سلف جر نفعا وقوله ان ورد بفتح الهمزة لا غير وان وما دخلت عليه في تاويل مصدر مجرور بحرف محذوف اي لوروده في الشرع (والركن) الثاني قوله

(وصح من اهل التبرعات * وثلث من يمنع كالزوجات)

يعني انه يشترط في صحة الضمان ولزومه ان يكون الضامن اهلا للتبرع المطلق وهو الرشيد كالعبد الماذون له في التجارة او في ثلثه كالزوجة والمريض فلا يصح ضمان المحجور مطلقا لا في القليل ولا في الكثير ويصح ولا يلزم ضمان الزوجة والمريض فيما زاد على الثلث زيادة بينة من شانها يقصد بها الضرر اما منع الزوجة من الضمان في الزائد على الثلث فلحق الزوج فان تكفلت باكثر من الثلث فله الاجازة حيث كانت رشيدة وله رد الجميع ولو ضمنته هو كما في التاودي خلافا للزرقاني لانه

خلاف المنصوص كما في الرهوني وقيل ليس له إلّا رد الزائد فقط واما منع المريض من ذلك فلحق الوارث فان صح من مرضه لزمه الجميع وان مات فلورثته امضآء الجميع ولهم رد الزائد على الثلث فقط (فرع) قال ابو الحسن على قول المدونة وان تكفلت لزوجها ثم ادعت انه اكرهها لم تصدق إلّا ببينة ويلزمها ذلك وان احاط بمالها ما نصه الشيخ لان الاصل الطوع فمن ادعى غيره فعليه البيان وهذا ما لم يكن معلوما بالاساءة اليها وإلّا فهي مصدقة مع يمينها واذا كان صاحب الحق عالما باكراهها فالحمالة ساقطة فان انكر صاحب الحق العلم باكراهها حلف ان كان يظن به علم ذلك كالجار فان انكر حلفت لقد علم وبرئت واما غير نحو الجار فلا يمين عليه قال اشهب واما حمالتها بغير زوجها لزوجها فان علم بالاساءة اليها وقلة ورعه فان الحمالة ساقطة عنها اذا حلفت وإلّا يكن معروفا بما ذكر حلف الزوج انه ما اكرهها ولزمتها الحمالة انتهى من ابن رحال وقول الناظم وثلث هو بالجر عطف على اهل او على مقدر كما في ميارة والتاودي (والركن) الثالث قــــواه

(وهو بوجه او بمال جار * والاخذ منه او على الخيار)

تضمن كلام الناظم في هذا البيت مسألتين احداهما المضمون الذي هو احد اركان الضمان وهو قوله بوجه او بمال . والاخرى في بيان تعيين المطلوب بالمال المضمون هل الضامن او الغريم اما المضمون فهو اما الوجه واما المال كما قال ولكل واحد منهما اوجه ومجموعها ستة (الاول) ضمان الوجه المطلق والمشهور سقوطه باحضار الغريم فان لم يحضره غرم المال وقال مالك هي كحمالة المال لا تسقط باحضاره وقال ابن عبد الحكم لا يغرم كما في لب اللباب وللزوج رد ضمان الوجه اذا صدر من زوجته وان كان دين من ضمنته اقل من ثلثها لانه يقول قد تحبس او تخرج للخصومة او التفتيش وفي ذلك معرة ومثل ضمان الوجه ضمان الطلب الاتي ذكره اذا كان بغير اذن زوجها وإلّا فلا رد له في الفرعين (الثاني) ضمان الوجه المقيد بقوله ولست من المال في شيء فلا يلزمه غرم إلّا اذا قدر على احضاره فلم يفعل او

ينذره فيهرب فان اتهم على تغيبه سجن حتى يحضره وهذا الوجه في المعنى من باب ضمان الطلب (الثالث) ضمان الطلب والتفتيش كقوله انا متحمل بطلبه ولو كان بما يتعلق بالابدان بشرط انه اذا عجز عن احضاره لم يلزمه بشيء (وفي) المواق ما نصه اللخمي ولو كانت المطالبة بجرح او قطع او قتل لم تجز الكفالة بما يجب على المطلوب ولا ان يتكفل بوجهه على انه متى عجز عن احضاره اخذ ذلك منه وجازت الكفالة بطلبه خاصة واما ان كانت المطالبة لحق الله لم يجز أن يترك بحميل والحكم ان يسجن حتى يقام عليه الحد (الرابع) ضمان المال صراحة ويشترط ان يكون في الذمة فلا يصح ضمان المعين كما تقدم بيانه في الرهن وهو لازم في الحياة وبعد الموت (الخامس) الضمان المبهم كقوله انا حميل او زعيم او عامله وانا ضامن ويحمل على المال على الاصح والاظهر إلّا اذا ادعى الضامن انه شرط ضمان الوجه او اراده وقال الطالب بل المال كان القول قول الضامن بيمين وذلك لان الطالب يدعي عمارة ذمة والاصل براءتها (السادس) ضمان المترفق مثل ان يتحمل بما ثبت على فلان وهو لازم فلو قال قائل لي على فلان الف فقال رجل انا كفيل لك بذلك لزمه الضمان والغرم اذا اقر به المطلوب قولا واحدا ولو قال لي على فلان حق فقال رجل انا كفيل به فقال المطلوب له علي الف لم يلزمه غرمه حتى يثبته قولا واحدا بمنزلة قوله انا كفيل بما بايعت به فلانا قاله في لب اللباب (تنبيهان) الاول يجوز ضمان المجهول حال الضمان ، وفي المواق قال ابو محمد ولما جازت هبة المجهول جازت الحمالة لانه معروف (الثاني) قال الحطاب اذا قال شخص لاخر عامل فلانا فهو ثقة ذكر البرزلي في مسائل الحمالة فيه خلافا هل هو ضمان اولا ويفهم من كلامه ان المشهور عدم الضمان وانه من باب الغرور بالقول انتهى (واما) المسألة الثانية فهي قوله والاخذ منه او على الخيار يعني انه اذا حضر الضامن للمال وكان المدين مليا حاضرا بالبلد هل يتعين الاخذ من الغريم ولا كلام لصاحب الحق مع الضامن او رب المال مخير في ان ياخذ حقه ممن شاء منهما قولان المشهور المعمول به الاخذ من

الغريم ولهذا قدمه الناظم إلّا اذا اشترط رب الحق اخذ ايهما شاء فله ذلك عملا بشرطه على المشهور المعروف من المذهب وقوله منه اي من الغريم واو لتنويع الخلاف (الركن) الرابع المضمون له ولا يشترط ان يكون معلوما في مذهبنا بل لو قال قائل انا كفيل بديون فلان لزمه الغرم لكل من ثبت له على فلان شيء يصح فيه الضمان شرعا (الخامس) المضمون عنه ولا يشترط اذنه في الضمان ورضاه على القول المشهور واليه اشار الناظم بقوله

(ولا اعتبار برضى من ضمنا * اذ قد يؤد دين من لا اذنا) .

يعني ان الضمان لا يشترط في صحته ولزومه اذن المضمون عنه ورضاه بل يصح ويلزم ان وقع بغير اذنه ولو قال لا ارضى وقد استدل الناظم على صحته بقوله اذ قد يؤد دين من لا اذنا ضرورة ان الضمان اخف من الاداء ما لم يقصد بذلك ضررا لعداوة بينهما وإلّا فلا يلزمه ذلك (وفي) المواق عند قول صاحب المختصر وبغير اذنه كادائه رفقا لا عنتا فيرد كشرائه ما نصه من المدونة ان اشهد رجل على نفسه انه ضامن بما قضي لفلان على فلان او قال انا كفيل لفلان بما له على فلان وهما حاضران او غائبان او احدهما غائب لزمه ما اوجب على نفسه من الكفالة والضمان لان ذلك معروف والمعروف من اوجبه على نفسه لزمه وقوله كادائه من المدونة قال مالك من ادى عن رجل حقا لزمه بغير امره فله ان يرجع عليه قال ابن القاسم وكذلك من تكفل عن صبي بحق قضي به عليه فاداه عنه بغير امر وليه فله أن يرجع به في مال الصبي وكذلك لو ادى عنه ما لزمه من متاع كسوة او افسده او اختلسه لان ما فعل الصبي من ذلك يلزمه وقاله مالك ابن المواز قال ابن القاسم وكذلك اذا كان الصغير الجاني ابن سنة فصاعدا محمد واما الصغير جدا ابن ستة اشهر لا ينزجر اذا زجر فلا شيء عليه وقوله رفقا لا عنتا فيرد كشرائه من المدونة من ادى عن رجل دينا عليه بغير امره او دفع عنه مهر زوجته جاز ذلك ان فعله رفقا بالمطلوب واما ان اراد الضرر بطلبه واعناته واراد سجنه لعدمه لعداوة بينه وبينه منع من ذلك وكذلك

ان اشترتم دينا عليه تعنيتا له لم يجز البيع وورد ان علم بهذا انتهى ثم ان كان الضمان باذن المضمون عنه ورضاه فللضامن طلب رب الدين بتخليصه من الضمان عند حلول اجل الدين بان يقول له اما تطلب حقك من الدين او تخلصني من الضمان وكذلك للضامن طلب المضمون عنه بدفع ما عليه عند اجله وان لم يطلبه رب الدين ليبرأ من ضمانه او يامن فلسه فان لم يكن باذنه ورضاه فليس له ذلك إلّا بعد الاداء كما في الزرقاني وغيره قال التاودي وهذا من فوائد قول الموثقين باذنه ورضاه لا انه لمجرد الاحتياط والخروج من الخلاف كما قيل والله اعلم وقول الناظم ضمنا ويؤدي بضم اولهما وكسر ما قبل الاخر في الاول وفتحه في الثاني بالبناء للنائب والف ضمنا واذنا للاطلاق (تنبيه) ليس الاشهاد على الضامن شرطا في لزوم الضمان وغيره من التبرعات ففي اجوبة المهدي الصغرى من الجزء الرابع قال الحطاب في اول التزاماته ما نصه قال في كتاب المديان من المدونة ومن ضمن لرجل ماله على ميت ثم بدا له فقد لزمه ذلك لان المعروف كله اذا اشهد به على نفسه لزم اه قلت ذكر الاشهاد هنا ليس شرطا في اللزوم وانما خرج مخرج الغالب كما يظهر ذلك مما قبله ومما سياتي والله اعلم اه فقول التسولي ان ما كتبه الشخص بخط يده من حبس او صدقة او ضمان او قاله بلسانه لا يلزم إلّا بالاشهاد باطل بل ما قاله الصحيح في حال صحته او كتبه بخط يده يؤاخذ به بمجرد الاقرار به نطقا او كتابة ولو لم يشهد عليه قال في المختصر يؤاخذ المكلف باقراره الخ وفي التحفة وكاتب بخطه ما شاءه البيتين اه محل الحاجة وقد تقدم نحو هذا عند قول الناظم ويشهد الشاهد بالاقرار البيت (ثم) قال

(ويسقط الضمان في فساد * اصل الذي الضمان فيه باد)

يعني ان الضمان يبطل اذا فسد المضمون فيه كما لو اعطى شخص لاخر دينارا في دينارين الى شهر وتحمل له رجل بالدينارين فان الضمان ساقط ولا يلزم الحميل بها شيء علم المتبايعان ان ذلك حرام ام لا علم الحميل بذلك ام لا كان ذلك في صلب العقد او بعده لان الثمن لما سقط عن الاصيل لفساد البيع سقط عن الحميل وكذلك

يبطل اذا وقع بجعل او عوض كما تقدم (فرع) وان برىء المدين بهبة الدين له مثلا برىء الضامن لان طلبه فرع ثبوت الدين عن المضمون عنه بخلاف العكس وهو ان المضمون عنه لا يبرأ ببراءة الضامن (خ) وان برىء الاصل برىء لا عكسه وقوله

(وهو بما عين للمعين * وهو بمال حيث لم يعين)

يعني ان الضمان لازم للضامن المعين فيما عينه من وجه او طلب او مال فان لم يعين واحدا من الثلاثة بان قال انا ضامن او حميل حمل على الضمان بالمال فان قال عند الطلب حيث توجه عليه اردت الوجه او الطلب والتفتيش عنه وقال المضمون له بل شرطت عليك المال فالقول قول الضامن بيمينه كما تقدم شرحه وقوله عين بفتح اوله وثانيه وياء للمعين ويعين مكسورة فالثلاثة مبنية للفاعل وقوله

(وان ضمان الوجه جاء مجملا * فالحكم ان المال قد تحملا)

يعني ان ضمان الوجه اذا جاء مطلقا غير مقيد كما مر بان قال انا ضامن وجهه ولم يشترط نفي المال ولا قال لا اضمن إلّا وجهه فالحكم الشرعي في ذلك ان يحمل على انه ضامن بالمال ولم يبرأ منه إلّا باحضار الغريم على المشهور وفي الرسالة وحميل الوجه ان لم يات به غرم حتى يشرط ان لا غرم وقوله

(وجائز ضمان ما تاجلا * معجلا وعاجل مؤجلا)

يعني ان من له دين على ءاخر الى اجل فانه يجوز له ان ياخذ من المدين ضامنا في ذلك الدين على ان يوفيه حالا او قبل الاجل اذا كان الدين مما يجوز تعجيله كالعين مطلقا والعرض والحيوان من قرض فان كانا من بيع لم يجز لان فيهما حط الضمان وازيدك توثقا بالضامن وهذا المنع مخصوص بالبيع وقال اللخمي ان محل المنع ان اراد المدين اسقاط الضمان عن نفسه فان اراد نفع رب الدين جاز كما يجوز ان يعطيه ضامنا بالمؤجل الى الاجل نفسه لا لابعد لان فيه سلفا جر نفعا فهو من باب اما ان يقضيه دينه او يربي له فيه وهو ممنوع وانه يجوز ضمان الدين الحال الى اجل لانه

كابتداء سلف بضامن فلا يكون فيه سلف جر نفعا وظاهره سواء كان الغريم موسرا او معسرا وقوله

(وما على الحميل غرم ما حمل * ان مات مضمون ولم يحن اجل)

يعني ان المضمون عنه اذا مات معدما قبل حلول اجل الدين فان الحميل لا يغرم المال حالا بل حتى يحل الاجل اما ان مات مليا فان الحق يتعجل من تركته ويبرأ الضامن فان كان الذي مات قبل حلول الاجل هو الضامن فللطالب تعجيل حقه من تركته ثم لا رجوع لورثته حتى يحل الاجل فان لم يترك شيئا فلا تعجيل على المدين ويسقط الضمان من اصله ولا يلزمه الاتيان بضامن ءاخر وقوله

(وياخذ الضامن من مضمونه * ثابت ما اداه من ديونه)

يعني ان الضامن يرجع على المضمون عنه بمثل ما ادى ولو كان مقوما ان لم يشتره لانه كالسلف يرجع فيه بالمثل حتى في المقومات فان اشتراه رجع بثمنه ان لم تظهر منه محاباة اذا ثبت الاداء من الضامن ببينة او اقرار رب الحق لا باقرار المدين لانه لا يخلصه من رب الدين وقوله

(والشاهد العدل لقائم بحق * اعطاء مطلوب به الضامن حق)

يعني ان من ادعى بحق على انسان فانكره فاقام المدعي شاهدا عدلا بذلك الحق فان المطلوب حق عليه ان يعطي ضامنا في ذلك الحق ان طلبه المدعي فان غفل نبهه الحاكم عليه لانه من وظيفته وانما كان اعطاء المطلوب ضامنا امرا وجبا لان الحكم قد قارب التمام اما باقامة شاهد ثان او بالحلف معه فينقطع النزاع وهل الضامن يكون بالمال او بالوجه فقط وبه العمل قولان والضمير في قوله به عائد على بحق والضامن منصوب على انه مفعول اعطاء وقوله

(وضامن الوجه على من انكرا * دعوى امرئ خشية ان لا يحضرا)

(من بعد تاجيل لهذا المدعي * بقدر ما استحق فيها يدعي)
(وقيل ان لم يلف من يضمنه * للخصم لازمه ولايسجنه)
(واشهب بضامن الوجه قضى * عليه حتما وبقوله القضا)

الابيات الاربعة يعني ان من ادعى بحق على ءاخر فانكره وليس للمدعي قرينة تدل على صدقه من شاهد ونحوه مما تقدم وزعم ان له بينة على دعواه فان الحكم في ذلك ان يؤجل القاضي المدعي اجلا بقدر ما يناسبه لاثبات دعواه ويناسب المدعى عليه والقدر المدعى فيه كما تقدم في الاجال مبينا ثم يامر المدعى عليه باعطاء ضامن بالوجه خوفا من عدم حضوره اذا اتى المدعي ببينته فان وجد ضامنا بالوجه فذاك وان لم يجد من يضمنه فهل يقال للمدعي لازمه ولا يحكم عليه بالسجن حيث كانت الدعوى مجردة وهو مذهب ابن القاسم او يسجن حيث عجز عن الضامن وهو قول اشهب وبه القضاء قولان وقوله يحضرا يضم الضاد وميم يضمن يجوز فيها الفتح والكسر والجيم من يسجنه بالضم وقولـــــــه

(ويبرأ الحميل للوجه متى * احضر مضمونا لخصم ميتا)

يعني ان الحميل بالوجه يبرا من الحمالة باحضار بينة وفاة المضمون عنه ان مات او باحضاره ان كان حيا ولو معدما او بسجن وفي المواق عند قول صاحب المختصر وبرىء بتسليمه له وان بسجن ما نصه قال ابن القاسم اذا حبس المحمول بعينه فدفعه الحميل الى الطالب وهو في السجن برىء الحميل لان الطالب يقدر على اخذه في السجن ويحبس له بعد تمام ما سجن فيه اه وقولـــــــه

(واخروا السائل للارجاء * كاليوم عند الحكم بالاداء)
(ان جاء في الحال بضامن وان * لم يات بالحميل بالمال سجن)

يعني ان من ثبت عليه دين ووقع الحكم عليه بادائه فسال من الحاكم التاخير لادائه

فانه يجيبه الى سؤاله ويؤخره كاليوم ونحوه وله النظر في الزيادة بحسب الحال والمال كما تقدم ان جاء بضامن بالمال او برهن فان لم يات بواحد منهما سجن وانما ذكر الناظم هاته المسئة التي هي من باب المديان هنا لمناسبتها بمسائل الباب في مطلق الضمان وقوله واخروا اي الحكام والله اعلم

42/43

باب الوكالة وما يتعلق بها

اي هذا باب في بيان اركان الوكالة وحكمها وبيان ما يتعلق بها من اختلاف الوكيل والموكل وانعزاله وعدم انعزاله ونحو ذلك من لواحق الباب (والوكالة) لغة لها معان منها الشهادة كقول الله عز وجل والله على ما نقول وكيل اي شهيد لان الشهيد وكيل بمعنى انه موكول اليه قاله الرازي في سورة يوسف عليه السلام (ومنها) الحفظ والكفاية والكفالة وقد فسر بالثلاثة قول الله تعلى الا تتخذوا من دوني وكيلا وفي المصباح وكلت الامر اليه وكلا من باب وعد ووكولا فوضته اليه واكتفيت به والوكيل فعيل بمعنى مفعول لانه موكول اليه ويكون بمعنى فاعل اذا كان بمعنى الحافظ ومنه حسبنا الله ونعم الوكيل والجمع وكلاء ووكلته توكيلا فتوكل قبل الوكالة وهي بفتح الواو والكسر لغة وتوكل على الله اعتمد عليه ووثق به واتكل عليه في امره كذلك والاسم التكلان بضم التاء وتواكل القوم تواكلا اتكل بعضهم على بعض ووكلته الى نفسه من باب وعد وكولا لم اقم بامره ولم اعنه انتهى (وشرعا) عرفها الامام ابن عرفة بقوله الوكالة نيابة ذي حق غير ذي إمرة ولا عبادة لغيره فيه غير مشروطة بموته فتخرج نيابة امام الطاعة اميرا او قاضيا او صاحب صلاة والوصية اهـ اي فكل واحد من الامير والقاضي وامام الصلاة والوصي لا يسمى وكيلا في العرف وبعبارة اخرى فقول الشيخ نيابة ذي حق هو من اضافة المصدر الى فاعله وقوله ذي حق اخرج به من لا حق له وقوله غير ذي إمرة بكسر الهمزة اخرج به نيابة امام الطاعة اميرا او قاضيا وقوله ولا عبادة اخرج به امام الصلاة وقوله غير مشروطة

بموته اخرج به الوصية فالاربعة المذكورة لا يطلق عليها لفظ الوكيل عرفا وقوله لغيره متعلق بنيابة وكذا فيه وضمير لغيره عائد على صاحب الحق وضمير فيه عائد على الحق قال البناني في حاشيته على الزرقاني والظاهر ان هذا التعريف غير جامع لخروج قسم من اقسام الوكالة وهو توكيل الامام في حق له قبل شخص فلو اسقط ذي من قوله ذي امرة وجعل غير نعت لحق لكان شاملا لها تامل انتهى (والاصل) في مشروعيتها الكتاب قال الله تعلى فابعثوا احدكم بورقكم هذه الى المدينة الايه وقال تعلى والعاملين عليها وقال عز وجل اذهبوا بقميصي هذا فالقوه على وجه ابي ياتي بصيرا ، والسنة فقد وكل النبي صلى الله عليه وسلم ابا رافع على نكاح ميمونة وقد روى جابر بن عبد الله قال اردت الخروج الى خيبر فاتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وقلت له اني اريد الخروج الى خيبر فقال ائت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقا فان ابتغى منك ءاية فضع يدك على ترقوته وقد وكل عمرو بن امية الضمري على عقد نكاح ام حبيبة بنت ابي سفيان عند النجاشي وام حبيبة رضي الله عنها اسمها كما في تاريخ الطبري رملة بنت ابي سفيان بن حرب وامها صفية بنت ابي العاص ابن امية بن عبد شمس عمة عثمان بن عفان تزوجها عبيد الله بن جحش فولدت له حبيبة فكنيت بها وكان عبيد الله بن جحش هاجر بام حبيبة معه الى ارض الحبشة ثم مات بها مرتدا وبقيت ام حبيبة على اسلامها قالت فلما انقضت عدتي جاءتني ابرهة جارية النجاشي وقالت ان الملك يقول لك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الي ان ازوجكه فقلت لها بشرك الله بخير فقالت ان الملك يقول لك وكلي من يزوجك من رسول الله صلى الله عليه وسلم فارسلت الى خالد بن سعيد بن العاص فوكلته فلما كان العشي امر النجاشي جعفر بن ابي طالب ومن هناك من المسلمين فحضروا فخطب النجاشي فقال الحمد لله الملك القدوس السلام المؤمن المهيمن العزيز الجبار اشهد ان لا الاه إلّا الله وان محمدا عبده ورسوله وانه الذي بشر به عيسى ابن مريم عليه السلام اما بعد فان رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الي ان أزوجه ام حبيبة

بنت ابي سفيان فاجبت الى ما دعا اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد اصدقتها اربعمائة دينار ثم سكب الدنانير بين يدي القوم فتكلم خالد بن سعيد فقال الحمد لله احمده واستعينه واستنصره واشهد ان لا الاه إلّا الله وان محمدا عبده ورسوله ارسله بالهدى ودين الحق ليظهره على الدين كله ولو كره المشركون اما بعد فقد اجبت الى ما دعا اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم وزوجته ام حبيبة ابنة ابي سفيان فبارك الله لرسوله ودفع الدنانير الى خالد بن سعيد فقبضها ثم ارادوا ان يقوموا فقال اجلسوا فان سنة الانبياء اذا تزوجوا ان يؤكل طعام على التزويج فدعا بطعام فاكلوا ثم تفرقوا وانما اطلت بذكر هاته القصة لما فيها من الفوائد المهمة تاركا لما لا حاجة لنا به منها (وحكم) الشرع فيها لذاتها الجواز ويطرا لها سائر الاحكام بحسب متعلقها كقضاء دين تعين لا يوصل اليه إلّا بها والصدقة والبيع المكروه والحرام ونحو ذلك كما في البناني نقلا عن ابن عرفة . وفي ابن فرحون ولا تجوز الوكالة عن المتهم بدعوى الباطل ولا المجادلة عنه قال ابن العربي في احكام القرءان في قوله تعلى ولا تكن للخائنين خصيما ان النيابة عن المبطل المتهم لا تجوز بدليل قوله تعلى لرسوله عليه السلام واستغفر الله ان الله كان غفورا رحيما انتهى . وقال ابن العطار لا يصلح للرجل ان يوكل اباه ليطلب له حقه لان ذلك استهانة للاب كما في الحطاب (وفيه) ايضا نقلا عن ابن سهل قال محمد بن لبابة كل من ظهر منه عند القاضي لدد وتشعيب في خصومة لا ينبغي ان يقبله في وكالة ولا يحل ادخاله اللدد على المسلمين (وحكمة) مشروعيتها التعاون والتعاضد ولا خفاء في ذلك من المصالح العامة اذ يعجز كل احد عن تناول اموره إلّا بمعونة من غيره او يترفه فيستنيب من يريحه حتى جاز ذلك في بعض العبادات لطفا منه سبحانه ورفقا بضعفة الخليقة (واركانها) ثلاثة العاقد والمعقود عليه والصيغة (فالصيغة) لفظ او ما يقوم مقامه يدل على معنى التوكيل . والمعقود عليه اي الامر الموكل فيه وهو ما تصح فيه النيابة كالبيع والنكاح والضمان لا ما كان كالصلاة والصيام والايمان (قال) ابن العربي في احكام القرءان والوكالة جائزة في كل حق تجوز النيابة فيه

وقد مهدنا ذلك في كتب المسائل تحريره في خمسة وعشرين (الاول) الطهارة وهي عبادة تجوز النيابة منها في صب الماء خاصة على اعضاء الوضوء ولا تجوز على عركها إلّا ان يكون المتوضيء مريضا لا يقدر عليه (الثاني) النجاسة (الثالث) الصلاة ولا تجوز النيابة فيها بحال باجماع من الامة وانما يؤديها المكلف ولو باشفار عينيه إلّا في ركعتي الطواف (الرابع) الزكاة وتجوز النيابة في اخذها واعطائها (الخامس) الصيام ولا تجوز النيابة فيه بحال إلّا عند الشافعي واحمد وجملة من السلف الاول وقد بيناه في مسائل الخلاف (السادس) الاعتكاف وهو مثله (السابع) الحج (الثامن) البيع وهي المعاوضة وانواعها (التاسع) الرهن (العاشر) الحجر يصح ان يوكل الحاكم من يحجر وينفذ سائر الاحكام عنه ، وكذلك الحوالة والضمان والشركة والاقرار والصلح والعارية فهذه ستة عشر مثالا ، واما الغصب فان وكل وفيه كان الغاصب الوكيل دون الموكل لان كل محرم فعله لا تجوز النيابة فيه ، ويتبع ذلك الشفعة والقرض ، ولا يصح التوكيل في اللقطة ، واما قسم الفيء والغنيمة فتصح النيابة فيه ، والنكاح واحكامه تصح النيابة فيه كالطلاق والايلاء يمين لا وكالة فيه ، واما اللعان فلا تصح الوكالة فيه بحال ، واما الظهار فلا تصح النيابة فيه لانه منكر من القول وزور ولا يجوز فعله ، والخيانات لا يصح التوكيل فيها لهذه العلة من انها باطل وظلم ، ويجوز التوكيل على طلب القصاص ، واستيفائه ، وكذلك في الدية ، ولا وكالة في القسامة لانها ايمان ، ويصح التوكيل في الذكاة ، وفي العتق وتوابعه إلّا في الاستيلاد فهذه خمسة وعشرون مثالا تكون دستورا لغيرها وان كان لم يبق بعدها إلّا يسير فرع لها انتهى وقال القرافي الافعال قسمان منها ما يشتمل فعله على مصلحة مع قطع النظر عن فاعله كرد الودائع وقضاء الديون ورد الغصوبات وتفريق الزكوات والكفارات ولحوم الهدايا والضحايا وذبح النسك ونحوها فيصح في ذلك النيابة اجماعا لان المقصود انتفاع اهلها بها وذلك حاصل ممن هي عليه لحصولها من نائبه ولذلك لم تشترط النيات في اكثرها (ومنها) ما لا يتضمن مصلحة في نفسه بل

بالنظر الى فاعله كالصلاة فـان مصلحتها الخشوع والخضوع واجلال الرب سبحانـه وتعلى وتعظيمه وذلك انما يحصل فيها من جهة فاعلها فاذا فعلها غير الانسان فاتت المصلحة التي طلبها صاحب الشرع ولا توصف حينئذ بكونها مشروعة في حقه فلا تجوز النيابة فيها اجماعا ، ومنها قسم متردد بين هذين القسمين فتختلف العلماء رحمهم الله في اي الشائبتين تغلب عليه كالحج فان مصالحه تاديب النفس بمفارقة الاوطان وتهذيبها بالخروج عن المعتاد من المخيط وغيره لتذكر المعاد والاندراج في الاكفان وتعظيـم شعائر الله في تلك البقـاع واظهار الانقيـاد من العبد لما لم يعلم حقيقته كرمي الجمار والسعي بين الصفا والمروة والوقوف على بقعة خاصة دون سائر البقاع وهـذه مصالح لا تحصى ولا تصلح إلّا للمباشر كالصلاة في حكمها ومصالحها فمن لاحظ هذا المعنى وهو مالك رضى الله عنه ومن وافقه قالوا لا تجوز النيابة في الحج ومن لاحظ الفرق بين الحج والصلاة ومشابهة النسك في المالية فـان الحج لا يتعدى عن القربة المالية غالبا في الاتفاق في الاسفار قـال تجوز النيابة في الحج والشائبة الاولى اقـوى واظهر وهي التي تحصل في الحج بالذات والمالية انما حصلت بطريق العرض كمـا تحصل فيمن احتاج للركوب الى الجمعات فاكترى لذلك فـان المالية عارضة في الجمعات ولا تصح النيابة فيهـا اجماعا فكذلك ينبغي في الحج وهو الاظهر وبه يظهر رجحان مذهب مالك رحمه الله على غيره والله سبحانه اعلم اهـ وتعقبه ابن الشـاط بوجود الخلاف في الصلاة والصيام ايضا (والعـاقد) ويتـناول الموكل بكسر الكاف والوكيل واليهما اشار الناظم مع بيان الحكم بقولـــــــــــه

(يجوز توكيل لمن تصرفا * في ماله لمن بـذاك اتصفا)

يعني انه يجوز لمن تصرف في ماله وهو البالـغ الرشيد ان يوكل مثله بالغا رشيدا على طلب حقوقه واستخلاص ديونه والبيع والابتياع ونحوها من كل ما تصح فيه النيابة شرعا وفهم منه ان المولى عليه لا يوكل ولا يكون وكيلا وهو كذلك لاكن جـرى العمل بجواز توكيله على طلب حقوقه المالية اما غيرها فهو كالرشيد فيهما ولا يمكن

من قبض المال إلّا اذا كان نفقة ولا يضمن في عقد توكيله الاقرار وكذا الوصي والمقدم اذا وكل كل واحد منهما في حق المحجور لان اقراره في الاموال لا يلزم. وكان ابن الهندي غقد وثيقة توكيل وصي عن محجوره وضمن فيه الاقرار على اليتيم وفي احكام ابن سهل قال ابن عتاب وهو خطأ من ابن الهندي ولا يوكل المحجور إلّا في طلب نفقته وفي كسوته وفي ضرر البدن وفي الشروط المشترطة يشير بقوله وفي ضرر البدن وفي الشروط المشترطة الى مسألة الزوجة المولى عليها فان وليها لا يقبل الكلام منه مع زوجها إلّا بتوكيل منها لان لها اسقاط ذلك عن زوجها ولا كلام لوليها فيه (وفي) كفاية المبتدي للشيخ اسماعيل التميمي ما نصه وكل فلان السفيه البالغ فلانا على طلب نفقته وكسوته من وصية فلان وعن المحاكمة عنه في ذلك والمخاصمة والادلاء بالحجة واقامة البينات وتقييد المقالات وقبض ذلك والابرآ منه شهد عليه بذلك من اشهده وهو صحيح في عقله وبدنه بحال طوع ورضى وعرفه بتاريخ كذا انتهى (تنبيه) الذي جرى به العمل عدم اشتراط قبول الوكيل الوكالة لان قيامه بها يدل على رضاه ولو تأخر عن وقت التوكيل ثم قال

(ومنعوا التوكيل للذمي * وليس ان وكل بالمرضي)

يعني انه لا يجوز لمسلم ان يوكل كافرا في بيع او شراء وتقاض لانه لا يتوقى ما هو حرام من ذلك اما توكيله على الخصام ونحوه فانه مكروه كما يكره ان يكون مسلم وكيلا لكافر لما فيه من الاهانة بخدمته وهو معنى قوله وليس ان وكل بالمرضي فقوله ان بفتح الهمزة مصدرية وجملة وكل بفتح الواو من الفعل والفاعل صلة ان وهي وما دخلت عليه في تاويل مصدر اسم ليس وخبرها بالمرضي وقوله

(ومن على قبض صبيا قدما * فقبضه براءة للغرما)

يعني ان البالغ الرشيد اذا وكل صبيا على قبض ماله فقبضه ممن هو عليه فقبضه يكون براءة لذلك الغريم وقوله صبيا مفعول مقدم لقدما والفه للاطلاق وقوله

(وجاز للمطلوب ان يوكلا * ومنع سحنون له قد نقلا)

قال المتيطي فاذا اراد الرجل التوكيل جاز ذلك له طالبا كان او مطلوبا هذا هو القول المشهور الذي جرى عليه العمل وكان سحنون لا يقبل من المطلوب وكيلا إلّا من امرأة لا يخرج مثلها او مريض او مريد سفر او من تبين عذره او من كان في شغل الامير او على خطة لا يستطيع مفارقتها كالحجابة وكان يقبل التوكيل من كل طالب انتهى وقال ابن عرفة لا يوكل المطلوب ان ظهر منه اللدد (ولما) كانت الوكالة على نوعين مطلقة ومقيدة شرع في بيانها وبدا بالمطلقة وتسمى الوكالة المفوضة فقال

(وحيثما التوكيل بالاطلاق * فذلك التفويض باتفاق)

(وليس يمضي غير ما فيه نظر * إلّا بنص في العموم معتبر)

(وذاك تقديم من يراه * بمثله او بعض ما اقتضاه)

الابيات الثلاثة يعني ان التوكيل المفوض هو الذي لم يقيد بشيء كان يقول انسان لاخر وكلتك او انت وكيلي فهو توكيل مفوض في كل شيء فان لم يطلق بل قيد كقوله وكلت فلانا على بيع كذا او ابتياع كذا او على الخصام ونحو ذلك اختص به كما ياتي في النوع الثاني وما درج عليه الناظم من الاكتفاء بوكلت او انت وكيلي بدون ذكر التفويض طريقة ضعيفة فضلا عن كونها متفقا عليها والطريقة الراجحة ان الاطلاق وحده لا يفيد ولا يصح به توكيل بل حتى يذكر التفويض بان يقول وكلته وكالة مفوضة او فوضت اليك اموري ، وحيث كان الوكيل معزولا عن المصلحة المرجوحة فلا يمضي من فعله إلّا ما كان نظرا ومصلحة وإلّا فلا يمضي عليه ما فعله إلّا اذا نص له في التوكيل على امضاء فعله سوآء كان نظرا او غير نظر قال العلمآء إلّا في اربعة اشيآء طلاق زوجته وانكاح بكره وبيع عبده او داره فلا يمضي شيء منها إلّا بالتنصيص عليه والمراد بالنظر وغير النظر فيما عند الناس اما السفه فلا يجوز بحال

اذ لا يأذن الشرع فيه ويضمن الوكيل ان وقع وكذلك يجوز له ان يوكل عن موكله غيره بمثل ذلك او بما يقتضيه نظره من معاني التفويض المذكور وقيل ليس له ان يفعل ذلك إلّا بالتنصيص عليه قال ابن ناجي وبه العمل وزادوا عليها فروعا اخر لا بد من التنصيص عليها ايضا وهي حصر الدعوى والابرآء العام والصلح كما في برنامج عظوم وفي الزقاقية

وهل مطلق التوكيل كاف فامضين * به نظرا كالذ بتفويض انجلا
سوى زوجة دار وبكر وعبده * ام الحكم بطلان وذا صح فاقبلا

اي ولا تعمل بمطلق التوكيل لانه باطل وقد نظمت ما الحق بالاربعة المذكورة فقلت

كذلك توكيل وحصر لدعوة * والابرآء مع صلح فحصلها تفضلا

وقيد بعضهم الدار بالسكنى والذي به العمل العقار مطلقا كما في ابن ناجي (تنبيه) يمنع معاوضة الوكيل لنفسه للتهمة وقوله وذا الاشارة راجعة للوكيل المفوض اليه ثم أشار الى النوع الثاني بقوله

- (ومن على مخصص وكل لم * يقدم إلّا ان به الجعل حكم)

يعني ان من وكل على شيء مخصوص كبيع او خصام لم يجز له ان يوكل غيره على ذلك إلّا اذا جعل له موكله توكيل الغير عليه وقوله من شرطية وعلى مخصص بفتح الصاد صفة لموصوف محذوف اي شيء مخصص متعلق بوكل بضم اوله مبني للنايب فعل الشرط ولم يقدم بكسر الدال المشددة جواب الشرط وإلّا استثنائية وان شرطية وبه يتعلق بحكم وضميره يعود على التقديم المفهوم من قوله لم يقدم والجعل بفتح الجيم بمعنى الجاعل اي الموكل فاعل بفعل محذوف يفسره حكم والله تعلى اعلم وقوله

- (وما من التوكيل لاثنين فما * زاد من الممنوع عند العلماء)

يعني ان الفقهآء والقضاة لم يجوزوا للانسان ان يوكل وكيلين على ءاخر في نازلة واحدة لما فيه من الضرر على الموكل عليه اما على غير الخصام من بيع ونحوه فله ان يوكل واحد او اكثر والحكم للسابق في الفعل وقوله

(والنقص للاقرار والانـكار من * توكيل الاختصام بالرد فمن)
(وحيث الاقرار اتى بمعزل * عن الخصام فهو غير معمل)

يعني ان توكيل الخصام اذا تجرد عن الاقرار والانكار فانه لا يعمل به لنقصه وان لخصمه ان يلزمه بالتوكيل على هذين الامرين على المشهور وبه العمل اذا كان الموكل بالغا رشيدا وقد اشتمل البيت الاول على ان نقص الاقرار والانكار من وكالة الخصام يوجب رد الوكالة كما قررنا وفهم من قوله توكيل الاختصام ان التوكيل المفوض لا يرد بعدم النص عليهما وهو كذلك كما مر ومعنى البيت الثاني هو ان الوكيل اذا اقر على موكله بما هو خارج عن الخصومة فان اقراره لا يلزم موكله وله رده على الصحيح كما في التبصرة وقـــــوله

(ومن على خصومة معينة * توكيله فالطول لن يوهنه)

يعني ان من وكل على خصومة مخصوصة كقبض ارث من فلان وعلى المخاصمة معه في ذلك وطال الزمن بان مضى عليه نصف عام فاكثر فيما بين التوكيل والقيام به او فيما بعد المناشبة وقبل التمام فان ذلك الطول لا يوهن توكيله ولا يضعفه ولا يسال من وكله هل هو باق على توكيله ام لا وفهم منه ان المعينة اذا انقضت فليس له ان يخاصم في غيرها وهو كذلك ، وقوله ومن على خصومة الخ من اسم موصول مبتدا وجعله على خصومة معينة توكيله من المبتدا والخبر صلة الموصول وجملة فالطول لن يوهنه من المبتدا والخبر خبر المبتدا الذي هو من والضمير المستتر في يوهنه يعود على الطول وضميره البارز يعود على التوكيل واشار الى مفهوم معينة وهو اذا كانت الوكالة على مخاصمة مبهمة بقـــــوله

(وان يكن قدم للمخاصمه * وتم ما اراد مع من خاصمه)
(ورام ان ينشيء اخرى فله * ذاك اذا اطلق من وكله)

(ولم يجز عليه نصف عـام * من زمن التوكيل للخصام)

الابيات الثلاثة يعني ان من وكل على خصومة مبهمة بان قال انسان لاخر وكلتك على المخاصمة عني من غير تقييد بخصومة معينة كما مر وتم خصامه في نازلة ثم اراد ان يشرع في خصومة اخرى مع الاول او مع غيره فله ذلك بشرطين احدهما الاطلاق في الوكالة الثاني ان لا يجوز عليه نصف عـام من الفراغ من الاولى لانشاء الثانية وإلّا فليس له ذلك ويجدد توكيله لانعزاله بطول المدة إلّا اذا كان توكيله مفوضاً او فيه الدوام والاستمرار فلا ينعزل حينئذ إلّا بالتصريح بالعزل قـال التاودي في شرح الزقاقية اذا وكله على الخصومة عند قاض معين فليس له ان يخاصم عند غيره وهـذا اذا لم يكن مفوضا وإلّا خاصم من شاء عند من شاء متى شاء ولا مفهوم للخصومة بل الحكم يعمها وغيرها لقول المتيطي في التوكيل على النكاح ان سقط من رسمه دائمة مستمرة وطال امد التوكيل ستة اشهر سقط إلّا بتوكيل ثان . وقول الناظم من زمن التوكيل للخصام الاول من زمن السكوت ليشمل ما اذا لم يشرع في الخصام او شرع وسكت وقولـــــــــه

(وموت من وكل او وكيـل * يبطـل ما كان من التوكيل)

يعني ان موت الموكل او الوكيل يبطل التوكيل ولا يكون ميراثا خلافا لبعض العلماء ومحل بطلان الوكالة بموت الموكل اذا لم يشرف الوكيل على تمام الخصومة وإلّا اتمها كما في التبصرة فلو زاد الناظم

إلّا وكيلا قـارب التماما * للخصم ان يلزمه الخصاما

لوفى بالمسئلة وقولـــــــــه

(وليس من وكله موكل * بموت من وكله ينعـزل)

(والعزل للوكيل والموكل * منه يحـق بوفـاة الاول)

مثال ما اشتمل عليه البيتان اذا وكل زيد عمرا وجعل له توكيـل الغير فوكل عمرو

خالدا لينوب عن موكله زيد فاذا مات عمرو الذي هو واسطة فان التوكيل لا يبطل وعليه فيبقى خالد على وكالته واذا مات زيد الذي هو الاول بطل توكيل عمرو وتوكيل خالد وقوله موكل والموكل بفتح الكاف فيهما وضمير منه يعود على الوكيل وقوله

(وما لمن حضر للجدال * ثلاث مرات من انعزال)

(إلّا لعذر مرض او لسفر * ومثله موكل ذاك حضر)

يعني ان الوكيل اذا جالس خصم من وكله ثلاث مرات فاكثر ولو في يوم واحد عند القاضي وانعقدت بينهما المقالات فاراد موكله عزله فليس له ذلك إلّا برضى خصمه ولا له هو ايضا ان يعزل نفسه لان خصمه يتضرر بذلك إلّا لعذر مرض او سفر وكذا صاحب الحق اذا حضر للخصام ثلاث مرات وانعقدت بينهما المقالات ثم اراد ان يوكل من يتم عنه الخصومة فليس له ذلك ايضا إلّا لعذر مرض او سفر كذلك وبهذا القول العمل وقال بعضهم المرتان كالثلاث وشهر لاكن لم يصحبه عمل وقول الناظم ومثله موكل سماه موكلا بكسر الكاف نظرا لارادته ذلك (قال) ابن فرحون للموكل عزل الوكيل ما لم يناشب الخصومة فان كان الوكيل قد نازغ خصمه وجالسه عند الحاكم ثلاث مرات فاكثر لم يكن له عزله إلّا ان يظهر منه غش او تدخيل في خصومته وميل مع المخاصم له فله عزله وكذلك لو وكله باجر فظهر غشه كان عيبا وله ان يفسخ الوكالة ولا يمنع الخصمان من السفر ولا من ارادة منهما ويكون له ان يوكل عند ذلك قال ابن القطان ويلزمه في السفر اليمين انه ما استعمل السفر ليوكل غيره فان نكل عن اليمين لم يبح له التوكيل إلّا ان يشاء خصمه وقال ابن الفخار لا يمين عليه ويكون له ايضا ان يوكل اذا كان خصمه قد احرجه وشاتمه فحلف ان لا يخاصمه بنفسه قال ابن الفخار فان حلف ان لا يخاصمه دون عذر يوجب اليمين لم يكن له ان يوكل اهـ قلت وقول ابن القطان بلزوم اليمين وكذا دعوى مرض خفي هو الراجح حيث صدر به ابن فرحون كما رايت واقتصر عليه صاحب المختصر ومفهوم

قوله ثلاث مرات ان للموكل عزل وكيله قبل الثلاث وهو كذلك ان اشهد به واشهره عند حاكم ولم يفرط في اعلامه الممكن فان اختل شرط من هذه الشروط الثلاثة لم ينفعه عزله ويمضي فعله كذا في الزرقاني وفي ابن فرحون نقلا عن اجوبة ابن رشد ان ما تقيد على الوكيل من الاقرار لازم لموكله إلّا ان يكون عزله قبل مناشبة الخصام عزلا اعلن به واشهد عليه ولم يكن منه تفريط في تاخير اعلامه واما بعد مناشبة الخصام او قبله سرا فلا يجوز عزله اه وانما يكون له عزل وكيله قبل الثلاث اذا كان بدون اجر اما اذا كان باجر فليس له ذلك إلّا برضى الوكيل ما لم يظهر منه ميل او غش كما مر ويثبت عند القاضي فله عزله ويجب على القاضي عدم قبوله وكيل خصام في المستقبل مثل الوكيل الذي يتلدد في الخصام الواجب تاخيره كما تقدم وانه يجوز للانسان اذا خاصم بنفسه وقاعد خصمه اقل من ثلاث مرات ان يوكل من يتم عنه الخصومة وقول الناظم ذاك الاشارة راجعة الى قوله ثلاث مرات وهو معمول لحضر مقدم اي حضر ثلاث مرات وقولـــــه

(ومن له موكل وعزله * لخصمه ان شاء ان يوكله)

قال الحطاب قال ابن فرحون في تبصرته ومن عزل وكيله فاراد الوكيل ان يتوكل لخصمه فابى الاول لما اطلع عليه من عوراته ووجوه خصوماته فلا يقبل منه قوله ويتوكل له من كتاب الاستغناء اه زاد في شرحه على ابن الحاجب وينبغي ان لا يمكن من الوكالة لانه صار كعدوه ولا يوكل عدو على عدوه اه وقوله موكل بفتح الكاف اي وكيل وقولـــــه

(وكل من على مبيع وكلا * كان له القبض اذا ما اغفلا)

يعني ان من وكل على بيع شيء فباعه فان له قبض الثمن من المبتاع ولو لم يقع التنصيص على ذكر القبض في الوكالة كما له ذلك اذا نص عليه ومثله من وكل على الشراء فله قبض المبيع فان لم يفعل حتى تعذر القبض ضمن فيهما وفهم من قوله اغفلا انه

اذا وقع التنصيص على عدم القبض او كانت العادة جارية بذلك خصوصا في المال العظيم لم يكن للوكيل ان يقبض فان قبضه لم يبرأ الدافع بذلك كما في التبصرة وغيرها وقوله وكلا واغفلا بضم اولهما بالبناء للنائب والفهما للاطلاق وما بعد اذا زائدة وقوله

(وغائب ينوب في القيام * عنه اب وابن وفي الخصام)

(وجائز اثبات غير الاجنبي * لمن يغيب واختصامه ابي)

يعني ان الغائب اذا كان له حق عند احد او احدث عليه ضرر في كداره وليس له وكيل يقوم بشانه فان لابيه او ابنه ان يقوم مقامه ويخاصم عنه في ذلك واما غير الاب والابن من الاقارب كالاخوة والاعمام وابنائهم فانه يمكن من الاثبات لا من الخصومة قال ابن رشد والصواب ان الاب والابن يمكنان من الاثبات والخصومة عن الغائب ومن عداهما من القرابة لا يمكن إلَّا من الاثبات ولا يمكن من الخصومة وظاهر الروايات ان الاجنبي لا يمكن من شيء انتهى ، وفي نوازل البيوع من المعيار نقلا عن اليزناسني ما نصه الذي مضى عليه عمل الموثقين ان القيام بالحسبة في عقار الغائب لا يباح إلَّا للوالد او الولد او الاخ من جميع الجهات فانه يمكن من الخصومة فان ءال الامر الى تعجيز المطلوب اشهد القاضي بما ثبت عنده ويقيد مبلغ نظره ويشهد عليه على مذهب من لا يجيز ان يخرج العقار من يد المطلوب الى ان يقدم الغائب ويعرف ما عنده اذ لعل الغائب يقر للمطلوب بالملك ونحو ذلك مما ينتفع به المطلوب فهذا هو المعتمد عليه في المسئلة وقد ذكر ابن رشد فيها خمسة اقوال فذكرها ثم قال وما ذكرناه اولا عن الموثقين هو الذي به العمل ان شاء الله تعلى انتهى واما الجد فداخل في الاب اذ المراد به الجنس فلا يكون اقل درجة من الاخ بل هو اعلى منه في كل موضع وقيل يمكن من ذلك القريب والاجنبي قال التاودي ومحل الخلاف ما لم يتعلق بالقائم عن الغائب ضمان للشيء المدعى فيه كالمرتهن لما يغاب عليه والمستعير او حق كاستيفاء المرتهن حقه من ذلك العبد او الدابة واستيفاء الزوجة نفقتها من ثمنهما فلهما ان تقيم البينة بملكهما للغائب وينزعان ممن هما بيده ويباعان في النفقه او الدين والله اعلم

فصل في تداعي الموكل والوكيل

اي هذا فصل في بيان حكم ما اذا اقر الوكيل بقبض ما وكل على قبضه او قبض ثمن ما وكل على بيعه ووقع نزاع بينه وبين موكله فادعى الوكيل انه دفعه له وانكر الموكل ذلك وزعم انه لم يدفع له ما وكله عليه ولا شيئا منه فحكى الناظم في ذلك اربعة اقوال (احدها) قـــوله

(وان وكيل ادعى اقباض من * وكله ما حاز فهو مؤتمن)

(مع طول مدة وان يكن مضى * شهر يصدق مع يمين تقتضى)

(وان يكن بالفور الانكار له * فالقول مع حلف لمن وكله)

يعني ان الموكل والوكيل اذا كان تداعيهما بعد طول المدة كسنة فيما بين قبضه وادعائه الاقباض فالقول قول الوكيل بدون يمين لانه قام له شاهدان طول المدة والامانة وان كان تداعيهما بالقرب كالشهر ونحوه فالقول قوله بيمين لانه قام له شاهد واحد وهو الامانة وان كان تداعيهما بالفور فالقول قول الموكل بيمين وهذا القول لمطرف وقوله يصدق مبني للنائب مجزوم ومع بسكون العين وحلف بفتح الحاء وسكون اللام (ثانيها) قـــوله

(وقيل ان القول للوكيل * مع اليمين دون ما تفصيل)

يعني ان القول قول الوكيل في الرد بيمينه مطلقا طال الزمن ام لا مات الموكل وزعم انه دفع له قبل موته او لم يمت كان مفوضا اليه ام لا وهذا القول الذي حكاه بقيل هو المشهور ومذهب المدونة فلو قدمه الناظم على بقية الاقوال كما فعل ابن رشد او اقتصر عليه كما فعل صاحب المختصر لكان احسن وما بعد دون زائدة (ثالثها) قوله

(وقيل ان انكر بعد حين * فهو مصدق بلا يمين)

(وان يمر الزمن القليل * فمع يمين قوله مقبول)

يعني ان تداعيهما ان كان بعد طول الزمن فالقول قول الوكيل بلا يمين لانه مصدق وان كان ذلك بالقرب كالايام اليسيرة فالقول قوله مع يمينه وهذا القول لابن الماجشون وابن عبد الحكم فالقول الاول فيه ثلاث مراتب كما علمت وهذا فيه مرتبتان (رابعها) التفرقة بين المفوض اليه وغيره واليه اشار بقوله

(وقيل بل يختص بالمفوض * اليه ذا الحكم لفرق مقتضي)

(ومن له وكالة معينه * يغرم إلّا ان يقيم البينه)

يعني ان الحكم المذكور في القول الثالث انما يتمشى في الوكيل المفوض اليه فان كان التداعي بعد طول الزمن فهو مصدق بلا يمين وان كان بالقرب فالقول قوله بيمين اما الوكيل على شيء بعينه فان قوله غير مقبول ويغرم إلّا ان يقيم البينة على الدفع وان طال الزمن وهذا قول اصبغ بن الفرج هذا كله فيما قبضه الوكيل بغير اشهاد واما ما قبضه باشهاد لقصد التوثق فلا يقبل قوله ولا يصدق في دعواه الدفع لموكله إلّا باشهاد . وفي كتاب الفروق (فرق) بين مسئلتين قال مالك اذا دفع رجل الى رجل مالا وامره ان يدفعه الى ءاخر فادعى انه دفعه اليه فانكر المبعوث اليه لم يقبل قول المامور إلّا ان يقيم بينة على الدفع له واذا ادعى تلف المال قبل قوله وفي كلا الموضعين فهو مدع لاخراج المال من يده الفرق بينهما انما قبل قوله في دعوى التلف لانه امين وليس كذلك الاعطاء لانه مفرط في الدفع بدون بينة ولانه مدع لاشغال ذمة غيره وبراءة ذمته فلم يقبل قوله وليس كذلك في التلف لانه ليس مدعيا لاشغال ذمة غيره فافترقا والله اعلم ، ولما فرغ من الكلام على الوكيل بالنص شرع يتكلم على الوكيل بالعادة فقال

(والزوج للزوجة كالموكل * فيما من القبض لما باعت يلي)

يعني ان الزوج لزوجته كالوكيل مع موكله فانها اذا باعت شيئا من املاكها وقبض

الزوج لها ثمن ما باعته او قبض لها دينا ثم تنازعا فادعت انه لم يدفع لها ما قبض لها وادعى هو انه دفع لها ذلك فتجري في هاته المسئله الاقوال الاربعة السابقة ولاكن الحق ان يقال كما في ابن رحال وهو انه يجب ان يراعي حال الزوج مع زوجته فانه اذا كان بينهما مشارة فليس هو كالوكيل والحاصل ان مدار هذه الامور على العوائد فيراعي عرف كل بلد والقرائن الدالة على التوكيل وعدم ذلك ولا يكفي في هذه المسئلة الاطلاق انه كوكيل (قلت) ويراعى ايضا الموضع الذي هما فيه فان كان مما تمشى فيه الاحكام الشرعية كحاضرة تونس حرسها الله فالقول قول الزوج او الاخ مع اخته اذا قبض مالها وادعى دفعه لها بيمينه طال الزمن او لم يطل على القول المشهور من الاقوال المتقدمة وان كان لا تمشى فيه الاحكام الشرعية غالبا خصوصا اذا كانت عادتهم عدم اعتبار النساء ولا يمكن من حقوقهن كبلدنا توزر فان القول قول الزوجة او الاخت طال الزمن او لم يطل ولا يبرأ من ذلك إلّا بشهادة عادلة هذا كله اذا كانت الوكالة جارية بينهم بالعادة وإلّا فالدرك على الغريم كما هو اليوم وقوله كالموكل بفتح الكاف وقوله

(وموت زوج او وكيل ان عرض * من غير دفع ما بتحقيق قبض)
(من ماله ياخذ ذاك قائم * بالفور والعكس لعكس لازم)

يعني ان الزوج اذا قبض ثمن ما باعته زوجته او قبض دينا لها او قبض الوكيل ما وكل عليه وثبت القبض وتحقق اما بالشهادة العادلة او بالاعتراف ثم مات القابض من زوج او وكيل ولم تتحقق براءة ذمته مما قبض والمراة او الموكل يدعيان عدم الدفع فان كان ذلك بالقرب والحدثان فيما بين القبض والموت فيؤخذ ذلك من اموالهما بعد يمين القضاء انهما ما قبضا ولا وهبا ولا خرج عن ملكهما بناقل شرعي الى الان وان كان ذلك بعد مدة طويلة تكون قاطعة لدعوى عدم القبض عادة فلا شيء للزوجة ولا للموكل قبل ورثة الزوج او الوكيل هذا معنى قوله والعكس لعكس لازم اي والعكس وهو عدم الاخذ لازم للعكس وهو عروض الموت بعد طول فيما بين زمن

القبض وزمن الموت نعم اذا طلبت الزوجة او الموكل يمين ورثة الزوج او الوكيل فلها تحليف من يظن به العلم من البالغين الرشداء فيحلف على نفي العلم لا غير (قال) المهدي قوله وموت زوج او وكيل ان عرض البيتين انظره هل هذا تقييد لما تقدم من قبول قول الوكيل في الرد مطلقا من غير تقييد وهو الذي يدل عليه كلامهم هنا او هذا قول من الاقوال المتقدمة المقابلة للمشهور لم ار من تعرض لذلك انتهى وقوله عرض وقبض مبنيان للفاعل بفتح الراء والبآء ودفع مضاف وما اسم موصول مضاف اليه وبتحقيق متعلق بقبض وجملة قبض صلة ما والعائد من الصلة الى الموصول محذوف تقديره قبضه والضمير المستتر في قبض يعود على الزوج او الوكيل والله اعلم (ولما) كان من افراد الوكالة وكالة الخصام ولا يقع الخصام بين المتداعيين إلّا مع الانكار والغالب اذا طال بينهما الخصام فيما تنازعا فيه الرجوع الى الصلح ناسب ان يكون باب الصلح عقب باب الوكالة فلهذا ذكره عقبه فقال

f. 48/49 B

﴿ باب الصلح وما يتعلق به ﴾

اي هذا باب في بيان حكم الصلح وبيان ما يقع بين الناس منه في الغالب صحة وفسادا وما ينقض وما لا ينقض (والصلح) والاصلاح والمصالحة لغة قطع المنازعة قال في المصباح ماخوذ من صلح الشيء صلوحا من باب قعد وصلاحا ايضا وصلح بالضم لغة وهو خلاف فسد وصلح يصلح بفتحتين لغة ثالثة فهو صالح واصلحته فصلح واصلح اتى بالصلاح وهو الخير والصواب وفي الامر مصلحة اي خير والجمع المصالح وصالحه صلاحا من باب قاتل والصلح اسم منه وهو التوفيق ومنه صلح الحديبية واصلحت بين القوم وفقت وتصالح القوم واصطلحوا وهو صالح للولاية اي له اهلية للقيام بها اه وفي مختار الصحاح والصلاح بكسر الصاد مصدر المصالحة والاسم الصلح يذكر ويؤنث وقد اصطلحا وتصالحا واصالحا بتشديد الصاد والاصلاح ضد الافساد

والمصلحة واحدة المصالحة اهـ (واصطلاحا) عرفه الامام ابن عرفة بقوله انتقال عن حق او دعوى بعوض لرفع نزاع او خوف وقوعه فقوله رحمه الله تعلى عن حق يدخل فيه صلح الاقرار . وقوله او دعوى يدخل فيه صلح الانكار . وقوله بعوض متعلق بانتقال يخرج به الانتقال بغير عوض . وقوله لرفع نزاع او خوف وقوعه يخرج به الانتقال لا لرفع نزاع ولا لخوف وقوعه كبيع الدين ونحوه من البياعات . ويدخل في قوله او خوف وقوعه الصلح عن اقرار وانكار . وفي الرصاع قال شيخنا ابو عبد الله محمد بن عقاب رحمه الله تعلى وذكر الانتقال فيه اشكال لانه مسبب عن الصلح لا انه هو فتامله والله اعلم (واركانه) ثلاثة العاقد وهو المصالح ويتناول كل واحد من المتصالحين وشرط صحة عقده التمييز ولزومه التكليف كالبيع . والمعقود عليه ويتناول المصالح به والمصالح عنه بشروطهما الاتية والصيغة او ما يقوم مقامها كالمعاطاة (والاصل) في مشروعيته الكتاب قال الله تعلى فاصلحوا بين اخويكم وقال تعلى لا خير في كثير من نجواهم إلّا من امر بصدقة او معروف او اصلاح بين الناس وقال تعلى وان امرأة خافت من بعلها نشوزا الى قوله فلا جناح عليهما ان يصالحا . والسنة فقد روى ان النبيء صلى الله عليه وسلم ذهب الى بني عمرو بن عوف ليصلح بينهم . وروى ان كعب ابن مالك تقاضى من ابي حدرد دينا له عليه في عهد النبيء صلى الله عليه وسلم في المسجد فارتفعت اصواتهما حتى سمعهما النبيء صلى الله عليه وسلم وهو في بيته فخرج حتى كشف سجف حجرته فنادى كعب بن مالك فقال يا كعب فقال لبيك يا رسول الله فاشار بيده ان ضع الشطر فقال كعب قد فعلت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قم فاقضه الحديث . واجماع الامة على ذلك . وحكمة مشروعيته دفع التشاجر واصلاح ذات البين بين الناس (وحكمه) الشرع فيه الجواز واليه اشار الناظم رحمه الله تعلى بقوله

(والصلح جائز بالاتفاق * لاكنه ليس على الاطلاق)

قوله سجف بفتح اوله وسكون ثانيه هو ما يرخى على البيت لستر داخله

يعني ان حكم الصلح الجواز باتفاق العلماء لانه مشروع لاكن جوازه ليس على اطلاقه بل يجوز ما لم يؤد الى حرام لقوله صلى الله عليه وسلم الصلح جائز بين المسلمين إلّا صلحا حرم حلالا او احل حراما والمسلمون على شروطهم إلّا شرطا حرم حلالا او احل حراما وفسر تحليل الحرام بامثلة منها من صالح على دار ادعاها بخمر او خنزير او غير ذلك مما لا تجوز المعاوضة فيه وفسر تحريم الحلال كمن صالح عن سلعة بثوب بشرط ان لا يلبسه ولا يبيعه الى غير ذلك من وجوه التحجير (قال) ابن عرفة وهو اي الصلح من حيث ذاته مندوب اليه وقد يعرض وجوبه عند تعين مصلحة وحرمته وكراهته لاستلزامه مفسدة واجبة الدرء او راجحته كما مر في النكاح للخمي وغيره اه فيراد بالجواز في كلام الناظم ما يشمل المندوب والواجب وقد تقدم نحو هذا عند قول الناظم والصلح يستدعي له ان اشكلا ، البيتين خ وامر بالصلح ذوى الفضل والرحم كان خشي تفاقم الامر انتهى • وخرج بالاستدراك الحرام والمكروه فيفسخ في الحرام ويمضي في المكروه ، وقول اصبغ ينفذ الحرام ويمضي مراده بالحرام ما حرم على دعوى احدهما دون الاخر لا الحرام مطلقا والمراد بالمكروه ما هو ممنوع على ظاهر الحكم كما ياتي في الصلح على الانكار والى هذا اشار الزقاق بقوله ، وان يقع الصلح الكريه فامضين ، ولو حادثا وافسخ حراما وقيل لا ، ويكون الصلح في الدماء والفروج كالخلع والاموال وهو دائر فيها بين خمسة اوجه (البيع) ان كانت المعاوضة فيه عن اعيان • والصرف ان كان احد النقدين عن الاخر ، والاجارة ان كانت عن منافع ، والاحسان وهو ما يعطيه المصالح من غير الحاح على وجه الهبة ، ودفع الخصومة ان لم يتعين شيء من ذلك فمتى يتعين احد هذه الابواب روعيت فيه شروطه للحديث المتقدم ، ولما ذكر انه غير جائز على الاطلاق شرع في بيان وجه ذلك فقال

(وهو كمثل البيع في الاقرار * كذاك للجمهور في الانكار)

يعني ان الصلح على الاقرار وكذلك على الانكار عند جمهور العلماء حكمه كالبيع فيما يحل ويحرم قال الله تعالى واحل الله البيع وحرم الربا فما جاز في البيع يجوز في الصلح وما لم يجز في البيع لم يجز في الصلح (ثم) ان كان الصلح في الاقرار على اخذ ذات غير المدعى به فهو بيع لذات المدعى به فيشترط فيه شروط البيع من كون كل من المدعى به والماخوذ عوضا طاهرا منتفعا به مقدورا على تسليمه معلوما غير مجهول وانتفاء موانعه كدعواه بعرض او حيوان او طعام فاقر به فصالحه على دنانير او دراهم نقدا ان كان المدعى فيه في الذمة لئلا يلزم عليه فسخ الدين في الدين (اما) ان كان معينا فلا يشترط كون المصالح به نقدا . وعلى عرض او طعام مخالف للمصالح عنه نقدا . واما لاجل فيمنع لربا النساء ان كان طعاما (فان) اختل شرط من شروط البيع كصلحه على ثوب بشرط ان لا يلبسه او لا يبيعه او على شيء غير منتفع به كالفرس الذي يكلب او كان غير مقدور على تسليمه كالعبد الابق والبعير الشارد او بشيء نجس او مجهول او الى اجل مجهول لم يصح إلّا ان المدعى به ان كان مجهولا لا يقدر على الوصول الى معرفته جاز وإلّا فلا كما في الحطاب . وفي المواق قال المتيطي يعقد فيها قام فلان على فلان يزعم ان له حقا لا يعرف قدره ولا مبلغه ثم ان فلان المدعى عليه خشي ان يكون للقائم علقة فيما خلا او حق فيما سلف وان كان لا يعرف شيئا من ذلك فرأى ان يتحلل من دعواه بان يدفع له كذا فرضي بذلك فلان القائم وقطع حجته واسقط التبعة اهـ وان كان الصلح على اخذ منافع فهو اجارة للمصالح به على الذات المدعى بها فيشترط فيها شروط الاجارة كان يكون المدعى به معينا كهذه الدابة فيجوز صلحه عنها بمنافع معينة او مضمونة لعدم فسخ الدين في الدين . وان كان المدعى به غير معين بان كان في الذمة كدينار او ثوب موصوف لم يجز الصلح عليه بمنافع معينة او مضمونة لانه فسخ دين في دين بناء على ان قبض الاوائل ليس قبضا للاواخر وهو مذهب ابن القاسم اما على ان قبض الاوائل قبض للاواخر وهو مذهب اشهب فالجواز . وان كان على اخذ بعض المدعى به فهو ابراء

من البعض المتروك وهل يشترط فيه قبول المدعى عليه والحيازة قبل موت المدعي او فلسه لانه هبة او لا يشترط ذلك لانه ليس هبة حقيقة وهو المعتمد كما في الدسوقي قولان ، وان كان على الانكار فيشترط فيه شروط الصلح على الاقرار وثلاثة شروط اخر على مذهب الامام مالك ان جاز على دعوى المدعي وعلى دعوى المدعى عليه وعلى ظاهر الحكم الشرعي بان لا تكون هناك تهمة فساد ، واعتبر ابن القاسم الشرطين الاولين فقط ، واعتبر اصبغ امرا واحدا وهو ان لا تتفق دعواهما على فساد (فمثال) ما توفرت فيه الشروط الثلاثة ان يدعي انسان على ءاخر بعشرة حالة فانكر ثم صالحه عنها بثمانية معجلة او بعرض حال ، ومثال ما يجوز على دعواهما ويمتنع على ظاهر الحكم ان يدعى بمائة درهم حالة فيصالحه على ان يؤخره بها الى شهر او على خمسين مؤخرة لشهر فالصلح صحيح على دعوى كل لان المدعي اخر صاحبه او اسقط عنه البعض واخره لشهر والمدعى عليه افتدا من اليمين بما التزم اداءه عند الاجل ولا يجوز على ظاهر الحكم لانه سلف بمنفعة فالسلف التاخير والمنفعة سقوط اليمين المنقلبة على المدعي عند الانكار بتقدير نكول المدعى عليه او حلفه فيسقط جميع الحق المدعى به فهذا ممنوع عند الامام جائز عند ابن القاسم واصبغ ، ومثال ما يمتنع على دعواهما ان يدعي عليه بدراهم وطعام من بيع فيعترف بالطعام وينكر الدراهم فيصالحه على طعام مؤجل اكثر من طعامه او يعترف بالدراهم ويصالحه بدنانير مؤجلة او بدراهم اكثر من دراهمه فيفسخ لما فيه من السلف بزيادة والصرف المؤخر عند الامام وابن القاسم واصبغ لاشتمال هاته الصورة على الامور الثلاثة لا على الامرين فقط ، ومثال ما يمتنع على دعوى المدعي وحده ان يدعي عليه بعشرة دنانير فينكرها فيصالحه على مائة درهم الى اجل فهذا يمتنع على دعوى المدعي وحده للصرف المؤخر ويجوز على انكار المدعى عليه لانه انما صالحه على الافتداء من اليمين الواجبة عليه فهذا ممتنع عند مالك وابن القاسم وجائز عند اصبغ اذ لم تتفق دعواهما على فساد ، ومثال ما يمتنع على دعوى المدعى عليه وحده ان يدعى انسان على ءاخر

بعشرة ارادب قمحا من قرض وقال المدعى عليه انما لك علي خمسة من سلم واراد ان يصالحه على دراهم او دنانير معجلة فهذا جائز على دعوى المدعي لان طعام القرض يجوز بيعه قبل قبضه ويمتنع على دعوى المدعى عليه لعدم جواز بيع طعام السلم قبل قبضه فهذا ممتنع عند مالك وابن القاسم واجازه اصبغ كالذي قبله (تنبيه) المراد بظاهر الحكم ما ظهر من الاحكام الشرعية وهي النسب التامة في قولهم تهمة سلف جر نفعا توجب الحرمة تهمة بيع الطعام قبل قبضه توجب الحرمة والمراد بكون الصلح جائزا على ما ظهر للعلماء من تلك الاحكام ان يكون ذلك الصلح ليس فيه شيء من تلك الاحكام التي ظهرت لهم المتضمنة للمنع لا ان المراد به خطاب الله تعالى المتعلق بافعال المكلفين لانه لا اطلاع لنا عليه قاله الدسوقي (تتميم) ويجوز الصلح على مقتضى السكوت كان يدعي انسان على ءاخر بشيء مبين فيسكت ثم يصالحه على شيء عما يقتضيه السكوت ويترتب عليه من حبس وتعزير حتى يقر المدعى عليه او ينكر فيعامل بمقتضى كل منهما كما تقدم عند قوله

ومن ابى اقرارا او انكارا * لخصمه كلفه اجبارا

على ان يترك الدعوى وهو عند ابن محرز كالاقرار والانكار فيعتبر فيه الشروط الثلاثة المتقدمة الاتية على مذهب الامام وانما جعله مثلهما لانه يحتملهما فاعطي حكمهما فلو ادعي عليه بدينار فسكت فصالحه على درهم مؤخر لم يجز بالنظر لدعوى المدعي واما بالنظر للمدعى عليه فيجوز لاحتمال انكاره ولو ادعى عليه باردب من قرض فسكت فصالحه بدينار لم يجز بالنظر للمدعى عليه لاحتمال اقراره وانه من بيع (فرع) يجوز الصلح عن دين بما تصح به المعاوضة عن الدين كدعواه عرضا او حيوانا او طعاما فيصالحه بدنانير او دراهم او بهما او بعرض او بطعام مخالف للمصالح عنه نقدا ويمنع بمنافع كسكنى دار او بمؤخر لئلا يؤدي الى فسخ دين في دين او صرف مؤخر لانه ربا نسآء كما لو صالحه عما يدعيه عليه من الدنانير او الدراهم التي في ذمته من قرض او من بيع بفضة او بدنانير مؤجلة او كان يؤدي الى

بيع الطعام قبل قبضه كصلحه عن طعام من بيع بدراهم او غيرها او يؤدي الى ضع وتعجل كصلحه من عشرة دنانير او دراهم او اثواب مؤجلة بثمانية نقدا (ثم) شرع في توضيح قوله وهو كمثل البيع في الاقرار البيت فقـــال

(فجائز في البيع جاز مطلقا * فيه وما اتقى بيعا يتقي)

(كالصلح بالفضة او بالذهب * تفاضلا او بتاخر ابي)

يعني ان ما جازت معاوضته في البيع يجوز في الصلح مطلقا سواء كان عن اقرار او انكار او سكوت فيجوز الصلح عن دين بما يباع به كدعواه عرضا فيصالحه عنه بدراهم او دنانير نقدا كما تقدم بيانه نصا سواء وما امتنعت معاوضته في البيع يمتنع في الصلح فيمتنع بمنافع كسكنى دار لئلا يؤدي الى فسخ دين في دين كما مر وبفضة عن فضة اكثر منها او اقل او ذهب عن ذهب اكثر منه او اقل ولو مناجزة لانه يودي الى ربا الفضل وباحدهما عن الاخر الى اجل لانه يؤدي الى ربا النساء خ وحرم في نقد وطعام ربا فضل ونساء اما لو اخذ فضة عن فضة قدرها او ذهبا عن ذهب قدره ولو نسيئة فهو جائز لانه اقتضاء دين لا صلح كما لو اخذ فضة عن ذهب والعكس مناجزة وقوله اتقى ويتقي وابي الثلاثة مبنية للنائب ومعنى ابي منع وقولــه

(والصلح بالمطعوم في المطعوم * نسيئة رد على العمـــوم)

يعني ان من له طعام على آخر سواء كان من قرض او وديعة او هبة فلا يجوز ان يصالحه عليه بطعام ءاخر الى اجل لانه يؤدي الى ربا النساء وفسخ دين في دين وان كان من بيع لم يجز الصلح عنه ايضا لا بطعام ولا بغيره لا حال ولا موجل لانه يؤدي الى بيع الطعام قبل قبضه وفسخ دين في دين وقـــوله

(والوضع من دين على التعجيل * او المزيد فيه للتاجيل)

يعني انه لا يجوز الصلح على ان يوضع من الدين شيء على تعجيل باقيه فهو ممنوع

في باب البيع وكذا في الصلح وكذلك يمتنع تاخير الدين للزيادة فيه ولعله لا فرق بينهما إلّا في تسميته بيعا او صلحا ووجه المنع في المسألة الاولى ان من عجل ما لم يجب عليه يعد مسلفا فقد سلف الان ثمانية من عشرة عليه الى شهر مثلا ليقضي من نفسه عشرة عند الاجل فهو سلف جر نفعا وفي الثانية سلف جر نفعا ظاهر ، وقوله

(والجمع في الصلح لبيع وسلف * وما ابان غررا بذا اتصف)

يعني انه كما يمتنع الجمع بين البيع والسلف في باب البيع على مذهب ابن القاسم يمتنع في باب الصلح فمن كان له على غريمه دينار وهو مقر به او منكر فيصطلحان على ان ياخذ رب الدين من غريمه عرضا بنصف دينار والنصف الاخر يؤخره به الى اجل فقد اجتمع فيه البيع والسلف لان العرض مبيع بنصف الدينار والنصف الاخر منه سلف الى الاجل الذي اخره اليه ، وقوله وما ابان غررا بذا اتصف يعني لا يجوز الصلح بما فيه غرر كالعبد الابق والبعير الشارد لعدم جوازه في البيع كما مر وقوله بذا الاشارة راجعة الى الحكم السابق وهو المنع اي والصلح الذي اظهر غررا اتصف بالمنع كالبيع وقوله

(والصلح بالطعام قبل القبض * من ذمة فذاك غير مرضي)

(وان يكن يقبض من امانه * فحالة الجواز مستبانه)

يعني كما لا يجوز بيع الطعام قبل قبضه من بيع كذلك لا يجوز الصلح به قبل قبضه من ذمة من هو في ذمته ان كان من بيع اما ان كان الطعام المصالح به قبل قبضه من قرض او هبة ونحوهما فالصلح به جائز كبيعه وقوله من ذمة قال ابو البقاء صوابه والصلح بالطعام قبل القبض من ذمة ما لم يكن من قرض ولهذا قال التاودي وقوله من ذمة صوابه من بيع لان محترزه طعام القرض وهو في الذمة ايضا لا طعام

الامانة فقط كما عبر به في مفهومه اذ قال وان يكن يقبض من امانه اليت وقولــــــه

(فصـــــــل) اي هذا فصل في مسائل من الصلح وقوله

(وللاب الصلح عن المحجـور * ولو بدون حقه المـاثور)

(ان خشي الفوت على جميع ما * هوبه يطاب من قد خصما)

(والبكر وحدها تخص هاهنا * بعفوه عن مهرها قبل البنا)

يعني انه يجوز للاب الصلح عن ولده الذي تحت حجره وفي ولايته ذكـرا كان او انثى بقدر حقه الذي يصير اليه بعد الخصام او باقل منه ان خشي فوات جميع الحـق بتجريح بينته او بكثرة مصاريف الخصام فيكون الصلح ببعضه اولى من فوت جميعه او فوت اكثر من القدر الذي يصالح به اما الحق الثابت الذي لا خصام فيه ولا يخشى عليه الضياع فلا يجوز فيه الصلح عنه باقل من حقه اذ لا نظر فيه ولا مصلحة فـان فعل رده القاضي واستوفى له حقه ولا يترك وتركه من التضييع فان غفل عليه حتى رشد المولى عليه كان له القيام على الغريم لا على الاب إلّا ان يكون الاب قـد تحمـل بالباقي فله الرجوع عليه اذا عدم الغريم إلّا البكر فانها اختصت من سائر اخوتها المولى عليهم بانه يجوز لابيها العفو عن نصف صداقها ان طلقها زوجها قبل البناء لقـول الله تعلى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضـة فنصف ما فرضتم إلّا ان يعفون او يعفو الذي بيده عقدة النكاح الايه والذي بيده عقدة النكاح عندنا الاب وكذا قبل الطلاق اذا كان مصلحة لا بعد البناء ولو سفيهة ولا بعـد موت الزوج قبل البناء او بعده فلا يجوز العفو (تنبيه) كما يجوز للاب الصلح عن محجوره اذا كان طالبا يجوز صلحه عنه اذا كان مطلوبا وهو من باب اولى كل ذلك مع عدم الغبن والضرر وإلّا فلا يجوز كالوصي اذ لا فرق بينهما على التحقيق والله اعلم وقولـه

(وللوصي الصلح عمن قد حجر * يجوز إلّا مع غبن او ضرر)

يعني انه يجوز للوصي ان يصالح عن محجوره طالبا كان او مطلوبا اذا كان في صلحه

سداد ونظر اما ان كان فيه غبن او ضرر عليه في حقه فانه لا يجوز وينقض ان وقع كما مر في صلح الاب وحاصل فقه المسئلة في الصلح عن المحجور ان المحجور لا يخلو اما ان يكون طالبا او مطلوبا وفي كل ثلاثة اقسام فان كان طالبا والحق ثابت لم يجز الصلح عنه باتفاق وان كان الحق غير ثابت ولا يرجى له ثبوت فالصلح جائز وان كان الحق غير ثابت في الحال ولاكن يرجى ثبوته في المئال فالصلح ممنوع واما ان كان المحجور مطلوبا فان كان الحق الذي يطالب به غير ثابت ولا مرجو الثبوت لم يجز الصلح بحال وان كان الحق ثابتا جاز الصلح بمثله فاقل وان كان يخشى ثبوته فقولان والمعتمد منهما الجواز كما في التسولي وغيره (فرع) وفي المعيار سئل ابن الفخار عن صلح الوصي عن الايتام في يمين القضاء فاجاب لا يجوز حتى يرى انه يحلف وإلّا لم يجز وتعرف عزيمته بقرائن الاحوال انتهى وتقدم هذا في باب اليمين وقوله . وللوصي متعلق بيجوز وقوله

(ولا يجوز نقض صلح ابرما * وان تراضيا وجبرا الزما)

يعني ان الصلح اذا وقع بين متخاصمين على وجه جائز ثم اراد احدهما نقضه والرجوع الى ما كانا عليه من الخصام فانه لا يجوز وان وافقه الاخر على ذلك وتراضيا عليه لانه انتقال من معلوم الى مجهول وهو ممنوع لما فيه من المخاطرة هذا اذا وقع عن انكار بدليل التعليل اما اذا وقع عن اقرار فانه يجوز نقضه بتراضيهما لانه اقالة منه واحترزت بقولي على وجه جائز عما اذا وقع على وجه فاسد متفق على فساده فانه ينقض ولو تراضيا على عدم نقضه وفي نقض الصلح المختلف فيه وهو المشهور وعدم نقضه وبه العمل قولان تقدمت الاشارة اليهما بكلام الزقاق وكلام التسولي هنا لا يعول عليه كما في حاشية المهدي (ولما) كان المصالح به لا يحل اخذه للظالم من المتصالحين فيما بينه وبين الله تعلى بل ذمته مشغولة للمظلوم منهما ولو حكم به حاكم لان حكم الحاكم لا يحل الحرام سواء كان ماخوذا او متروكا فان كان الظالم

هو المدعي حرم عليه الشيء المأخوذ وان كان الظالم هو المدعى عليه حرم عليه الشيء المتروك فرع الفقهاء رضي الله تعلى عنهم على هذا فروعا ثمانية منها ما يسوغ للمظلوم نقض الصلح فيها ومنها ما لا يسوغ له ذلك اشار الناظم الى فرع منها بقوله

(وينقض الواقع في الانكار * ان عاد منكر الى الاقرار)

يعني ان الظالم اذا اقر ببطلان دعواه بعد وقوع الصلح فان للمظلوم نقضه بلا خلاف ولو اسقط في عقد الصلح البينات لانه كالمغلوب على الصلح بالانكار وان شاء امضاه وضمان ما قبض كل منهما من قابضه (الثاني) ان تشهد بينة للمظلوم على الظالم لم يعلمها المظلوم عند الصلح ولابد من حلفه على عدم العلم (الثالث) من صالح وله بينة غائبة يعلمها وهي بعيدة جدا كخراسان من افريقية واشهد انه يقوم بها اعلن بالاشهاد عند الحاكم او لم يعلن بها كما ياتي في الفرع الخامس (الرابع) من صالح لعدم وثيقته ثم وجدها بعد الصلح على الانكار وقد اشهد انه يقوم بها ان وجدها فله نقض الصلح اذا وجدها كما اذا نسيها حال الصلح ثم تذكرها فانه يحلف ويقوم بها (الخامس) من ادعى عليه شخص بشيء معلوم فانكره فاشهد المدعي سرا ان بينته غائبة بعيدة الغيبة وانه انما يصالح لاجل بعد غيبة بينته وانه يقوم بها ان قدمت والحال انه لم يعلن بالاشهاد عند الحاكم ثم صالحه ثم قدمت بينته فله القيام بها كمن اشهد واعلن (السادس) ان يكون المدعى عليه يقر بالحق سرا ويجحده علانية فاشهد المدعي ببينة على جحده علانية ثم صالحه على التاخير او اسقاط بعض الحق ونحوهما واشهد بينة لم يعلم بها المدعى عليه على انه غير ملتزم للتاخير او الاسقاط وانما فعل ذلك الصلح ليقر له علانية فانه يعمل بذلك وينفعه وشرط هذا الايداع ويعبر عنه بالاسترعاء والاستحفاظ تقدمه على الصلح ولو بساعة ولهذا ينبغي ان يؤرخ بوقت كذا لا باليوم اذ قد يقع الصلح في ذلك اليوم فلا ينتفع به اذ لا يعلم ايهما قبل صاحبه وثبوت انكار المدعى عليه ورجوعه بعد الصلح الى الاقرار وثبوت خوف المشهد

المسترعي من نحو ظالم وإلّا لم يفده ذلك إلّا في التبرعات فلا يشترط فيها اثبات التقية على المشهور . واما ما لا ينقض فيه ففرعان (الاول) من ادعى على رجل بدين فانكره ثم صالحه عليه وهو عالم ببينته ولم يشهد بانه يقوم بها فانه لا قيام له بها ولا ينقض صلحه سوآ كانت بينته حاضرة او غائبة غيبة قريبة او بعيدة لا جدا ولو لم يصرح باسقاطها لان اعراضه عنها يعد منه اسقاط لها فلو اشهد فالحكم ما تقدم (الثاني) من ادعى على شخص بحق فاقر له به غير ان المدعى عليه قال للمدعى احضر بينتك التي فيها حقك وامحها او مزقها وخذ ما فيها فقال ضاعت مني وانا أصالحك فصالحه ثم وجد الوثيقة بعد ذلك فانه لا قيام له بها ولا ينقض الصلح والفرق بين هذا وبين ما سبق وهو انه اذا وجد وثيقته بعده فله نقضه هو ان الغريم في هذا يقر بالحق وما سبق الغريم فيه منكر للحق والحال ان صاحب الدين قد اشهد كما مر (تنبيهان) الاول قول العوام ان صالح المنكر اثبات لحق الطالب جهل منهم وانما له القيام ببينة تعرف اصل حقه قاله صاحب اختصار المتيطية (الثاني) قال التاودي على قول الزقاق كذلك الاستحفاظ فاترك ما نصه اي لما يلحق الشاهد من الضرر من المشهود عليه لان الاستحفاظ وهو الاسترعآء ايضا ويسمى ايداع الشهادة انما يكون في الغالب على الظالم خوفا من سطوته او من القاضي لما ذكروه من انه لا يكتب إلّا عن اذن القاضي فيسجل عليه او يكتب بخطه اذنت للعدلين فلان وفلان ان يكتبا الاسترعاء لفلان وفي مجالس المكناسي ان القاضي ينهى عنه لانه خدعة ولا يضبط معه عقد واكثر ما يفعله اهل الحيل وينفع في التبرعات مطلقا والاصل فيه ما في المستخرجة ان مالكا سئل عن الرجل يهرب عبده لدار الحرب فيكتب له اخرج وانت حر بعد ان يشهد انه غير ملتزم لعتقه قال مالك لا يلزمه العتق والعبد رقيق وسئل سحنون عن رجل طلب منه السلطان عبده ليشتريه منه فاعتقه او دبره وقال انما فعل ذلك خوفا من السلطان قال لا يلزمه شيء من ذلك قال ابن سهل وكل ما استرعى فيه من عتق او طلاق او حبس نفعه قال ويصدق المشهد فيما يذكره من التوقع ولو لم يعرف إلّا من قوله واما المعاوضات فلا بد فيها

من ثبوت التقية والقيام بها بعد زوالها بالفورية وقال سحنون في الذي يقر سـرا ويجحد علانية فيقول اخرني واقر فاشهد المدعي في السر انه انما يصالحه لاجل انكاره واذا وجد بينة قام قال لا يلزمه الصلح ان ثبت جحد وثبت اصل الحق والظالم احق بالحمل عليه اه وصوبه ابن يونس واذا ثبتت الاستطالة والقهر كان للبائع وغيره القيام لو لم يسترع واذا زوجه خوفا منه واسترعى بذلك وانه لو لم يزوجه لاحتازها من غير نكاح فالنكاح مفسوخ ابدا قاله ابن الماجشون وغيره وكذلك التي تخالع ثم تثبت الضرر ان استرعت اتفاقا وكذلك لو لم تسترع خ ولا يضرها اسقاط البينة المسترعاة على الاصح فان صالح واسقط في عقد الصلح الاسترعاء وكان قد استرعى واسترعى في الاسترعاء قام بالاسترعاء في الاسترعاء فان اسقط الاسترعاء والاسترعاء في الاسترعاء فلا قيام له ولو استرعى فيه اذ لا استرعاء في الاسترعاء على الصحيح فما يكتب من قولهم ما تكرر وتناهى لا طائل تحته واحسن من ذلك كله كما في ابن غازي عن المتيطي ان يقول كل بينة تقوم له بالاسترعاء فهي ساقطة كاذبة واقراره ايضا انه لم يسترع ولا وقع بينه وبينه شيء يوجب الاستعراء فان ذلك يسقط ويخرج به من الخلاف لانه يصير مكذبا للبينة ومبطلا لها وهو من دقيق الفقه اه ويؤرخ فيه بالساعة ليعلم تقدمه ابن الهندي فان كان تاريخ الاسترعاء والحبس واحدا لم يضر ذلك وتقدمه اتم (فائدة) يطلق الاسترعاء بمعنى الاستحفاظ كما تقدم ويطلق على ما قابل شهادة الاصل لان التوثيق باسره ينقسم الى قسمين اصل واسترعاء فالاصل ما يمليه المشهود عليه على الشاهد كاشهاد المتعاقدين بالبيع او النكاح او غيرهما والاسترعاء شهادة الشاهد بما في علمه من عسر او يسر او حرية او رق او ملك او غير ذلك اه وقد تقدم هذا في باب الشهادات وقوله

(والتركات ما تكون الصلح * مع علم مقدار لها يصح)

يعني ان الصلح يصح بين الورثة في التركات التي توجد مخلفة عن مورثهم سواء كانت عينا او عرضا او حيوانا او ملفقة من البعض او الكل او غير ذلك بشرط علم كل واحد من الورثة قدر منابه منها وسواء وقع التنصيص عليها في الوثيقة او لم يقع فان لم يعلم ما ينوبه منها لم يجز لما تقدم من ان الصلح كالبيع وبيع المجهول لا يجوز فكذلك الصلح على مجهول لا يجوز وقوله ما بمعنى التي وتكون اي توجد وقوله

(ولا يجوز الصلح باقتسام ما * في ذمة وان اقر الغرما)

يعني ان التركة اذا كان فيها ديون على اناس فلا يجوز للورثة ان يقتسموا تلك الديون بان يستولي واحد غريما وءاخر غريما ءاخر وهكذا ولو اقر الغرماء بالدين بل تبقى الديون على حالها بينهم فمتى اقتضوا منها شيئا اقتسموه ولا تقسم الذمم لورود النهي عن الذمة بالذمة وقوله

(والزرع قبل ذروه والثمر * ما دام مبقى في رؤس الشجر)

يعني انه لا يجوز الصلح على قسم الزرع قبل ذروه والثمر في رؤس الشجر قبل جذاذه تحريا لما فيه من الغرر والمخاطرة من غير ضرورة تدعو الى ذلك ولانهما ربويان والشك في التماثل كالتحقق في التفاضل بل حتى يصفى الزرع ويجذ الثمر فيقسم كل بمعياره فان اقتسموه جهلا منهم لم يصح وكان على الشركة وما اصابه من جائحة ونحوها فبينهم وقوله والزرع بالجر عطف على ما اي لا يجوز الصلح ولا يصح باقتسام ما في ذمة ولا باقتسام الزرع وقوله

(ولا باعطاء من الوراث * للعين في الكالئ والميراث)

(وحيث لا عين ولا دين ولا * كالئ ساغ ما من ارث بذلا)

يعني انه لا يجوز للورثة ان يصطلحوا مع زوجة الهالك على ان يعطوها عينا في مقابلة

كالئي صداقها وميراثها من زوجها للجهل بباقي التركـة بعد بيع ما يقضى به الدين منها لان الدين مقدم على الميراث ومحل المنع ان كان المصالح به اكثر من صداقها اما ان كان قدره او اقل جاز لانها لما اخذت قدر صداقها فاقل فكانها اخذت صداقها او بعضه ووهبت ميراثها ولا اشكال في الجواز قاله ابو الحسن فان لم يكن في التركة عين ولا دين ولا كالئي على الهالك لزوجته فانه يجوز لهم ان يصالحوها بدنانير او دراهم او غير ذلك كان ذلك القدر المبذول قدر ميراثها او اقل او اكثر بشرط علم مقدارها من ذلك وقوله ما من ارث ما فاعل بساغ ومن ارث بيان لما ومتعلق ببذلا وجملة بذلا صلة ما (تنبيه) من ادعى الجهل بعد اعترافه بالمعرفة هل يقبل قوله اذا كان من شانه ذلك كالمرأة التي لا تخرج بعد يمينه وهو ما ذهب اليه ابن رشد وغيره اولا يقبل قوله عملا باقراره وهو ما ذهب اليه ابن العطار قولان وبالاول العمل وقـــــوله

(وان يفت ما الصلح فيه يطلب * لم يجز إلّا مع قبض يجب)

يعني ان من ادعى على آخر بانه غصبه حيوانا او ثوبا مثـلا وفات ذلك بيـد المدعى عليه بموت او تغيير يوجب عليه القيمة وارادا ان يتصالحا على ذلك فانه لا يجوز الصلح عنه إلّا بمعجل لانه بنفس الفوات وجبت عايه القيمة فلا تفسـخ في مؤخر وفهم منه انه اذا كان قائما جاز ان يتصالحا عليه بمعجل وبمؤجـل وهو كـذلك كالبيع وهو يجوز بالمعجل وبالمؤجل وقـــــوله

(وجائز تحلل فيما ادعي * ولم تقم بينة للمدعي)

هو معنى قول المدونة وان صالح رجـل رجلا في حق ادعاه عليه في داره ولم يسمه فان عرفاه جميعا او جهلاه جميعا جاز وان جهله احدهما لم يجز انتهى وفي المتيطية في الصلح على دعوى مجهولة يعقد فيها قام فلان على فلان يزعم ان له قبله حقا لا يعرف قدره ولا مبلغه ثم ان فلانا المدعى عليه خشي ان يكون للقائم علقة فيما خلا او حـق

فيما سلف وان كان لا يعرف شيئا من ذلك فرأى ان يتحلل من دعواه بان يدفع له كذا فرضي بذلك فلان القائم وقطع حجته واسقط التبعة وقد تقدم ويحتمل كلام الناظم معنى اخر وهو انه يجوز الصلح على الافتداء عن يمين توجهت على المدعى عليه ولو علم براءة نفسه وقيل ان علم براءة نفسه وجبت اليمين ولا يجوز له ان يصالح لاربعة امور اذلال نفسه وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اذل نفسه اذله الله ، واضاعة المال ، واغراء للغير ، واطعام ما لا يحل ، ورده الغبريني نقلا ومعنى اما نقلا فلان عثمان بن عفان صالح عن يمينه وابا بكر وعمر حلفا فالامران جائزان واما معنى فلان ما استدل به لا ينهض لان في صلحه اعزاز نفسه لان الخصومات مرجوحة ولا سيما كثرتها ولم يضيع ماله بل ادخره عنده وكونه اطعمه مالا حراما وجرأه على الغير ليس باختياره وانما هو مضطر لذلك وظلم هو نفسه قال الله تعلى إنما السبيل على الذين يظلمون الناس ويبغون في الارض بغير حق (قلت) وحمله على كلام المدونة اظهر كما في الشارحين خلافا للتاودي لان اليمين ليست هي المدعى بها وانما اليمين تكون لازمة عند عدم البينة كما هو الفرض كذا في حاشية المهدي عليه وقوله ولم تقم الواو للحال وقوله

(والصلح بالكالئ حيث حلا * بالصرف للعين لزوج حلا)

يعني انه يجوز للزوج ان يصالح عن كالئ زوجته الذي في ذمته اذا حل اجله بدراهم عن دنانير او العكس وسواء كان مقرا او منكرا فان كان مؤخرا منع وكذا اذا ادعى عدم حلوله وادعت حلوله لانه صرف مستاخر وقال اصبغ في الاخير يجوز لانهما لم يتفقا على فساد (فرع) وفي لب اللباب ولو وقع الصلح على ان يرتحل القاتل من بلد الاولياء فقيل الصلح ينتقض ولصاحب الدم ان يقوم بالقصاص وقيل يجوز ويحكم على القاتل بان لا يساكنهم ابدا كما شرطوه وهذا هو المشهور المعمول به فان لم يغب او غاب ثم عاد وكان الدم قد ثبت فلهم القود والدية وان لم يثبت كانوا على

حجتهم انتهى (فرع) وفي الرابع من الاجوبة للشيخ عظوم القيرواني يصح الصلح في الحبس كما في ابن عبد الغفور وغيره ان من ادعى عليه في حبس فصالح فيه ثم اراد الرجوع في الصلح لم يكن له ذلك ولو شاء لاستثبت قبل الصلح اه . وفي احباس المعيار وسئل عمن توفي وخلف ارضا وعقارا وادعى عليه بدين فبيع ذلك واشتري وقضي عنه دينه ثم حبس فقام قائم وادعى ان ما بيع وحبس على قوم معينين وعلى اعقابهم ماله وملك له وليس للمالك فيه شيء فترافع القائم والمحبس عليهم الى من له النظر في الاحكام الشرعية فطال خصامهم ثم صولح بينهما بان اخذ القائم مما ادعاه مالا وملكا له مقدار ثلاثة ارباع الحبس المذكور وسلم للمحبس عليهم مقدار الربع من ذلك فهل ياسيدي ما تسلم فيه القائم يبقى على حكم الحبس وحرمته من عدم التصرف فيه بالبيع والهبة وغير ذلك ام لا ويبطل حكم الحبس فيما بقي بينوا لنا ذلك بيانا شافيا فاجاب الجواب ان ما اخذه القائم بملكية الاملاك المحبسة في الصلح على دعواه يكون مطلقا وملكا للقائم على حسب دعواه واما ما اخذه المعترفون بالحبس في الاملاك المذكورة المقوم عليهم في صلحهم المذكور فانه يكون حبسا لا مطلقا حسبما اقتضت ذلك دعواهم واوجبه اعترافهم فلا يرفع ما اوجبه اعترافهم وحكم به اقرارهم قيام القائم المذكور والله سبحانه اعلم وقد نبه الموثقون على الحكم في المسالة حيث تكلموا على وثيقة الصلح في الحبس من كتاب الاحباس والله تعلى اعلم انتهى وقد تم ما اردت الكتابة

عليه من اول الرجز الى باب النكاح بحمد الله تعلى في غرة شوال

المبارك من عام ثلاثة وثلاثين وثلاثمائة والف من

الهجرة النبوية على صاحبها افضل الصلاة

وازكى تحية صح من مؤلفه

عثمان بن المكي وفقه

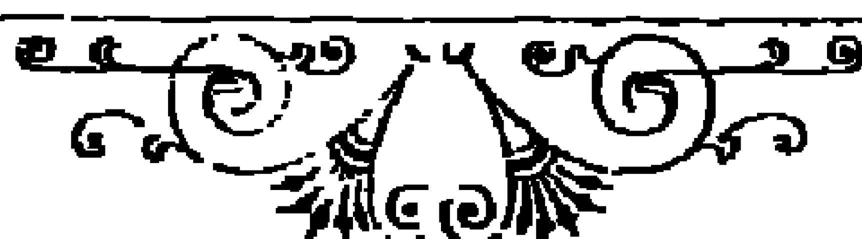
الله ءامين

الحمد لله على افضاله والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله وصحابته والناسجين على منواله هذا وان النظارة العلمية قد اطلعت على ما كتبه الفاضل الزكي العالم المدرس الشيخ السيد عثمان ابن المكي على رجز ابن عاصم المسمى بتحفة الحكام من اوله الى باب النكاح فالفته حسنا في بابه نافعا لراغبيه وطلابه فلذا شكرت مؤلفه على حسن صنعه واذنت له في نشره وطبعه رجاء لتعميم نفعه وكتب بالنظارة العلمية بالجامع الاعظم ادام الله عمرانه في يوم السبت ١٥ من ربيع الثاني سنة ١٣٣٤ وفي ١٩ فيفري سنة ١٩١٦

صح احمد الشريف . صح محمد بن القاضي . صح محمد الطاهر بن عاشور



تم الجزء الاول ويليه الجزء الثاني واوله باب النكاح



(هذا برنامج الجزء الاول من كتاب توضيح الاحكام على تحفة الحكام)
(نفع الله به الخاص والعام)

صحيفة	
٠٠٢	خطبة الشارح
٠٠٣	فصل فيما جاء في فضل العلم
٠٠٩	خطبة الناظم
٠١٦	باب القضاء
٠٢١	فصل في معرفة اركان القضاء وهي المدعي والمدعى عليه والمدعى فيه وما به القضاء وكيفية القضاء
٠٣٤	فصل في رفع المدعى عليه
٠٤٠	فصل في المقال والجواب
٠٤٥	فصل في الاجال
٠٥٠	فصل في الاعذار
٠٥٢	خطاب القضاة
٠٦٤	باب الشهود وانواع الشهادات
٠٨٤	فصل في مسائل من الشهادات وفيه ويشهد الشاهد بالاقرار من غير اشهاد وطلب اعادة الشهادة
٠٩٤	فصل في انواع الشهادات وفيه الشهادة التي توجب الحق بلا يمين
١٠٠	الشهادة التي توجب الحق مع اليمين وفيها الشاهد العرفي

صحيفة	
١٠٧	الشهادة التي توجب توقيف المدعى فيه
١١٣	الشهادة التي توجب يمين المدعى عليه
١١٥	الشهادة التي لا توجب شيئا على المدعى عليه
١١٦	فصل في شهادة السماع
١٢١	فصل في الشهادة المجلمة وفيه ومنكر للخصم ما ادعاه اثبت بعد انه قضاء والاضطراب في الجواب كالاضطراب في المقال وتعارض البينات وكيفية العمل في الشي يدعيه شخصان
١٣٦	باب اليمين
١٥٢	باب الرهن
١٦١	فصل في اختلاف المتراهنين
١٦٦	باب الضمان
١٧٧	باب الوكالة
١٩٠	فصل في اختلاف الوكيل والموكل
١٩٣	باب الصلح
٢٠١	فصل في الصلح على المحجور

لمالكه السعادة والسلامه ۞ وطول العمر ما غنت حمامه
وعز دائم لا ذل فيه ۞ يصاحبه الى يوم القيامه



الجزء الثاني من

توضيح الاحكام على تحفة الحكام

تاليف

العلامة النحرير والدراكة الشهير الشيخ سيدي
عثمان بن المكي التوزري الزبيدي احد
اعيان المدرسين من الطبقة العليا، بجامع
الزيتونة الاعظم بتونس عمره
الله بدوام ذكره
آمين





طبعة اولى

بالمطبعة التونسية ـ نهج سوق البلاط عدد ٥٧ ـ تونس
سنة ١٣٣٩

بسم الله الرحمن الرحيم

ولما فرغ الناظم من الكلام على الصلح ناسب ان يذكر النكاح عقبه لورود الصلح فيه بين الزوجين عند التنازع في دعوى الضرر فقال

باب في النكاح وما يتعلق به

اي هذا باب في بيان حكم النكاح واركانه وما يتعلق به من المسائل اذ النكاح على شطرين اركان ولواحق وهي المسائل التابعة له كترتيب الاولياء ومن له الاجبار منهم والصحة والفساد وتنازع الزوجين الى غير ذلك كما ستعرفه ان شاء الله تعلى (واعلم) ان مباحث هذا الباب التي سيقع الكلام عليها ستة (الاول) في معنى النكاح لغة واصطلاحا (الثاني) في مشروعيته (الثالث) في حكمته (الرابع) في حكمه (الخامس) في اركانه (السادس) في اللواحق (فاما) معناه لغة فقال صاحب المصباح نكح الرجل والمراة ايضا ينكح من باب ضرب نكاحا قال ابن فارس وغيره يطلق على

الوطء وعلى العقد دون الوطء . وقال ابن القوطية ايضا نكحتها اذا وطئتها او تزوجتها . ويقال للمراة حللت فانكحي بهمزة وصل اى فتزوجي وامراة ناكح ذات زوج واستنكح بمعنى نكح ويتعدى بالهمزة الى ءاخر فيقال انكحت الرجل المرأة يقال ماخوذ من نكحه الدواء اذا خامره وغلبه او من تناكح الاشجار اذا انضم بعضها الى بعض او من نكح المطر الارض اذا اختلط بثراها وعلى هذا فيكون النكاح مجازا في العقد والوطء جميعا لانه ماخوذ من غيره فلا يستقبح القول بانه حقيقة لا فيهما ولا في احدهما . ويؤيده انه لا يفهم العقد إلّا بقرينة نحو نكح في بني فلان ولا يفهم الوطء إلّا بقرينة نحو نكح زوجته وذلك من علامات المجاز وان قيل غير ماخوذ من شيء يترجح الاشتراك لانه لا يفهم واحد من قسيميه إلّا بقرينة اه (وقال) الفراء العرب تقول نكح المرأة بضم النون بضعها وهو كناية عن الفرج فاذا قالوا نكحها فمعناه اصاب نكحها وهو فرجها وقد يقال ناكحها وباضعها هذا ما حكاه الواحدي اه . وفي شفاء الغليل لابي الحسن قال القاضي عياض في التنبيهات اصل النكاح في وضع اللغة الجمع والضم يقال نكحت البر في الارض اذا ادخلته فيها ونكحت الحصا اخفاف الابل اذا دخلت فيها ثم استعمل في الوطء وهو في عرف الشرع يطلق على العقد لانه بمعنى الجمع ومئاله الى الوطء وقد جاء في كتاب الله تعلى وحديث النبي صلى الله عليه وسلم كثيرا للعقد وهو اكثر استعماله في الشرع قال الله تعلى ولا تنكحوا ما نكح ءاباؤكم من النساء ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا فانكحوا ما طاب لكم من النساء فانكحوهن باذن اهلهن ويبعد ان يراد بها الوطء اذ الوطء عموما منهي عنه بغير عقد . وقد ورد ايضا بمعنى الوطء في قوله تعلى حتى تنكح زوجا غيره اه . وقال الازهري اصل النكاح في كلام العرب الوطء وقيل للتزويج نكاح لانه سبب الوطء ويقال نكح المطر الارض ونكح النعاس عينه اذا دخل فيها وقال ابن جني سالت ابا علي الفارسي عن قولهم نكحها فقال فرقت العرب فرقا لطيفا يعرف به موضع

العقد من الوطء فاذا قالوا نكح امرأتـه أو زوجته لم يريدوا إلّا المجامعة لان بذكر المراة أو الزوجة يستغنى عن العقد واذا قـالوا نكح فلان بنت فلان او اخته ارادوا تزوجها وعقد عليها اه قال الحطاب والصحيح انه لا يطلق على الصداق وقيل ورد بمعنى الصداق في قـوله تعلى وليستعفف الذين لا يجدون نكاحـا اه (ومعنـاه) اصطلاحا عرفه الامام ابن عرفة بقوله النكاح عقد على مجرد متعة التلذذ بآدمية غير موجب قيمتها ببينة قبله غير عالم عاقدهـا حرمتها انـ حرمها الكتـاب على المشهور أو الاجماع على الاخر اه (فقولـه) رحمه الله تعلى عقد هو مصدر عقد تقول عقدت العهد والحبل والبيع فانعقد قاله الجوهري ويطلق على الربط ووصل الشيء بالشيء وعلى الالتزام به على سبيل الاستيثاق والاحكام وانه جنس يشمل جميع العقود حسية كانت او معنوية كما علمت وعبر بـه لافتقاره الى المتعاقدين وهما الزوج والولي والى المعقود عليه وهما المهر ومتعة التلذذ بالزوجة والى المعقود بـه وهو الصيغة الدالة على الايجاب والقبول فهذه هي الاركان العرفية الاتي بيانها ان شاء الله تعلى (وقوله) على مجرد متعة التلذذ بآدمية اخرج به العقد على الرقاب وهو البيع والعقد على المنافع وهو الاجارة والكراء ومجرد مضاف ومتعة بضم الميم وكسرها مضاف اليه من اضافة الصفـة الى الموصوف اي المتعة المجردة بمعنى انهـا هي المقصودة من غير اضافة شيء اليهـا (فبقوله) مجرد متعة يخرج به ملك اليمين لان العقد فيه شامل للرقبة ايضا ومتعة مضاف والتلذذ مضاف اليه من اضافة الاسم الى المسمى اي المتعة التي هي التلذذ المعلوم فلهذا وقع التعريف بهـا ، وقـال التاودي في حاشيتـه على الزرقـاني لا فائدة للفظ متعة ولا للفظ مجرد بل يكفي الاقتصار على التلذذ والمراد بـه ما يشمل الوطء ، وقـال الرصاع التمتع اعم من التلذذ لان التمتع يكون حسيا كالركـوب والاكل والشرب والمقدمات ومعنويا كالجاه والولاية ثم اخرج الامور المعنوية بقوله التلذذ ثم اخرج من الحسية التلذذ بالطعام والشراب بقوله بآدمية اه وقيـل احترز بقوله بآدمية من الجنية (وقيل) ذكره لبيان الواقع زيادة في الايضاح والبيان قلـت والظاهر انه ذكره

ليرتب عليه بقية التعريف (وقـوله) غير موجب هو بالنصب حال من التلذذ اي حالة كون التلذذ بتلك الادمية غير موجب قيمتها اخرج به الامة المحللة وهي التي اباح سيدها وطأها لمن استعارهـا منه لذلك على مذهب الامام عطـآء القائل بجواز اعارة الفروج المملوكة فان التلذذ بها يوجب على المتلذذ قيمتها وتبقى بيده على ملك اليمين مـع ان تحليلهـا يصدق عليه عقد على مجرد التلذذ بآدمية فلهذا اخرجـه (وقوله) ببينة قبله متعلق بمحذوف حال من التلـذذ اخرج به بعض صور الزنى لا انه صفة لعقد لان الاشهاد ليس شرطا في العقد بل في جواز الدخول فقط كمـا ياتي (وقوله) غير عالم عاقدها حرمتهـا يجوز رفعه على انـه صفة لعقد ونصبه على انه حال من المتعة اي حالة كون المعقود عليها غير عالم عاقدها اي المتعة حرمتها (فمفهومه) ان كان العاقد يعلم حرمتها فليس بنكاح وهو كذلك على المشهور بنـاء على ان المعدوم شرعا كالمعدوم حسا وهل لا يكون نكاحا مطلقا اي سواء كان تحريمها بالكتاب كالام والبنت او بالاجماع كبنت الاخ من الرضاع او انما لا يكون نكاحا اذا كان تحريمها بالكتاب فقط اما اذا كان تحريمها بالاجماع فيسمي نكاحا فاسدا قولان المشهور منهما الثاني (وحاصله) ان ما حرم بالكتاب العزيز ليس حكمه حكم النكـاح وان وطأه زنى على المشهور وان ما حرم بالاجماع فهل يصدق عليه انـه نكاح تثبت فيه لوازم النكاح وتترتب عليه ءاثاره غير انه يفسخ لفساده اذا عثر عليه او لا يصدق عليه ذلك ويكون وطؤه زنى قولان المشهور منهما الاول وهو ان حكمه حكم النكاح فالاول يقول بعدم حده ويلحق به الولد والثاني عكسه فصاحب القول الاول يراعي المحرمات بالكتاب فـقط وما حرم بالاجمـاع لا يكون حكمه كذلك وصاحب القول الثاني يراعي ما يشملهما معا هذا معنى قوله رحمه الله تعلى ان حرمها الكتاب على المشهور او الاجماع على الاخر (فقوله) او الاجماع عطف على مقدر فاعل شرط معطوف على ان حرمها الكتاب والتقدير غير عالم عاقدها حرمتها ان حرمها الكتـاب اي القرءان على المشهور او حرمها الكتاب او الاجماع على الاخر كذا قال بعضهم ويلزم

على هذا التقدير حذف او التي هي لاحد الشيئين او الاشياء مع معطوفها وهو مختص بالفاء والواو وثم وام المتصلة وذلك مخل بفصاحة التاليف وقول بعضهم صوابه ان يقول او او الاجماع بتكرير او فتكون او الاولى عطفت مقدرا اي او ان حرمها على ان حرمها الكتاب المذكور واو الثانية عطفت الاجماع على الكتاب في الجمله المقدرة المعطوفة باو الاولى كما مر ويجاب عنه بانه اتكل على المعنى لركاكة اللفظ وثقله بتكرير او بلا فاصل وهو مخل بالفصاحة ايضا وقول آخرين صوابه والاجماع بالواو وقيل صوابه او والاجماع بالواو بعد او فاسد لانه يفيد ان الثاني يشترط في كونه ليس نكاحا تحريمه بالكتاب والاجماع معا وليس كذلك اذ يكفي عنده تحريم الاجماع وحده ولا يخفى ان تحريم الكتاب يستلزم تحريم الاجماع بدون عكس ولهذا ظهر وجه فساد تصويبه باو وبواو عقب او ويجوز ان يراد بالاجماع ما يعم الكتاب والسنة وهي عبارة مطروقة فيكون عطفه على الكتاب من باب عطف عام على خاص فلا يحتاج فيه الى تاويل بتكلف وهو اظهر والله تعلى اعلم (تنبيهان) الاول قال الرصاع فان قلت كيف قال الشيخ رحمه الله ان حرمها الكتاب على المشهور فظاهره العموم في كل ما حرم الكتاب وانه يحد ولا يلحق به ولد وقد قال في المدونة فيمن تزوج المعتدة وهو عالم بتحريمها لا يحد وقد حرم ذلك بالكتاب قلت النص فيها كما ذكره السائل لكن المسئلة قالوا انها خرجت على خلاف الاصل ولذا عارضوها بمن تزوج امراة خامسة قال اللخمي ولا فرق بينهما والاصل ما اشار اليه الشيخ رضي الله عنه وما خرج عن الاصل نادر لا يقع النقض به اه (الثاني) قد تقدم ان من تزوج بامه عالما بحرمتها ووطئها فانه زان على المشهور ويلزمه الحد ولا يلحق به الولد وهو مذهب الشافعية وقيل لا يلزمه الحد لان وطأه ليس بزنى ويلحق به الولد وهو القول الشاذ عندنا وهو مذهب الحنيفة وانما يفسخ نكاحه فقط لفساده لان آية التحريم وهي قول الله عز وجل حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم مجملة لانه اضيف التحريم فيها الى الامهات والبنات والتحريم لا يمكن اضافته الى الاعيان وانما يمكن

اضافته الى الافعال وذلك الفعل غير مذكور في الاية فليست اضافة هذا التحريم الى بعض الافعال التي لا يمكن ايقاعها في ذوات الامهات والبنات اولى من بعض فصارت الاية مجملة من هذا الوجه (فاجاب) عنه بعض الشافعية من وجهين (الاول) ان تقديم قوله تعلى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم يدل على ان المراد من قوله حرمت عليكم امهاتكم تحريم نكاحهن (الثاني) ان من المعلوم بالضرورة من دين محمد صلى الله عليه وسلم ان المراد منه تحريم نكاحهن والاصل فيه ان الحرمة والاباحة اذا اضيفتا الى الاعيان فالمراد تحريم الفعل المطلوب منها في العرف فاذا قيل حرمت عليكم الميتة والدم فهم كل احد ان المراد تحريم اكلها واذا قيل حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم واخواتكم فهم كل احد ان المراد تحريم نكاحهن . ولما قال عليه الصلاة والسلام لا يحل دم امرىء مسلم إلّا لاحدى معان ثلاث فهم كل احد ان المراد لا يحل اراقة دمه واذا كانت هذه الامور معلومة بالضرورة كان القاء الشبهات فيها جاريا مجرى القدح في البديهيات وشبه السوفسطائية فكانت في غاية الركاكة والله اعلم (وقال) الفاكهاني ويجري مجرى النص عندنا ما علم المراد به من جهة عرف التخاطب وان لم يكن نصا نحو قوله تعلى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم وحرمت عليكم الميتة اذ ليس بنص في تحريم وطء الامهات ولا في تحريم اكل الميتة وانما هو مجاز لانه عاق التحريم على الاعيان والمراد تحريم الافعال فيها لان اللفظ لما كثر استعماله فيما هو مجاز فيه خرج عن حد المجاز ولحق بالحقيقة وكذا لو قال حرمت عليكم الفرس فهم منه الركوب او حرمت عليكم الجارية فهم الوطء دون ما عداه لانه المقصود منها وبعض الحنفية يدعي في ذلك الاجمال وليس بصحيح لما قدمناه اه (وقال) ابن العربي قد بينا بين الله لكم وبلغكم في العلم املكم ان التحريم ليس بصفات اعيان الحرمة وان الاعيان ليست موردا للتحليل والتحريم ولا مصدرا وانما يتعلق التكليف بالامر والنهي بافعال المكلفين من حركة وسكون لكن الاعيان لما كانت موردا للافعال اضيف الامر والنهي والحكم اليها وعلق بها مجازا بديعا على معنى الكناية بالمحل عن

الفعل الذي يحل فيه من باب قسم التسبيب في المجاز اه (لطيفة) العقد على الزوجة شرط في صحة النكاح وسبب في اباحة التلذذ بها ومانع من انكاحها رجلا آخر فقد اجتمع الشرط والسبب والمانع في شيء واحد (واما) مشروعيته فبالكتاب والسنة اما الكتاب فقول الله عز وجل فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث وربـاع فان خفتم ان لا تعدلوا فواحدة او ما ملكت ايمانكم الاية واما السنة فقد تزوج النبيء صلى الله عليه وسلم بازواج وقال تزوجوا الودود الولود فاني اباه بكم الامم يوم القيامة حتى بالسقط وقال عليكم بالتزويج فانه يجلب الرزق الى غير ذلك من الايات والاحاديث والاثار الدالة على الترغيب فيه ، وهل النكاح من باب القوت او من باب التفكه خلاف تنبني عليه احكام كما في المنهج المنتخب منها ان الابوين اذا احتاجا الى النكاح هل الابن يجب عليه ذلك كالنفقة ام لا خلاف (واما) حكمة مشروعيته فلدفع غوائل الشهوة وللتنبيه باللذة الفانية على اللذة الباقية لانه اذا ذاق هذه اللذة وعلم ان له اذا عمل الخير ما هو اعظم منها في الاخرة سارع في فعل الخيرات وللمسارعة في تنفيذ ارادة الله تعلى لانه اراد بقاء الخلق الى يوم القيامة ولا يحصل ذلك إلّا بالنكاح وتنفيذ ارادة رسوله صلى الله عليه وسلم لقوله تناكحوا تناسلوا فاني مكاثر بكم الامم يوم القيامة ولبقاء ذكر الوالدين ورفع الدرجات بسبب دعاء الولد الصالح لهم قاله ابن راشد والله تعلى اعلم (واما) حكمه فقد اشار اليه الناظم رحمه الله تعلى بقوله

(وباعتبار الناكح النكاح * واجب او مندوب او مباح)

يعني ان النكاح يختلف حكمه باعتبار حال الناكح فتارة يكون واجبا عليه وذلك اذا قدر عليه وخاف الزنى بتركه وتارة يكون مندوبا في حقه وذلك اذا رجي النسل ولم يخف الزنى بتركه رغب فيه اولا وكذا يستحب اذا رغب فيه ورجي النسل وتارة يكون مباحا له وذلك اذا لم يرج النسل وهو معرض عن النساء ، (وقال) اللخمي وهو في الشرع على اربعة اقسام واجب غير موسع لمن خشي

الزنى وعجز عن التسري ولا يذهب عنه بالصوم ، وواجب موسع ان كان كذلك ويقدر على التسري فهو مخير بينه وبين النكاح فان كان يذهبه الصوم وجب احد الثلاثة على التخيير والزواج اولى لقوله عليه الصلاة والسلام يا معشر الشبان من استطاع منكم الباءة فليتزوج فانه اغض للبصر واحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فانه له وجاء فقدم النكاح على الصوم والسراري لتنقل طباعهن للولد ، ومندوب للامن من الزناء الراغب في النساء وهو يولد له ، ومباح للمعرض عن النساء وهو لا نسل له وكذلك في المرأة إلّا في التسري قاله بهرام في كبيره ، ولم يتعرض الناظم للمكروه ولا للحرام مع ان النكاح تعرض له الاحكام الخمسة كما نقل على اللخمي ايضا فيكره ان كان يقطعه عن عبادة وهو لا يشتهيه ، ويحرم اذا كان يضر بامراة بعدم وطء او نفقة او كسب من حرام لكن قال ابن رحال يقيد المنع بما اذا لم تعلم المراة بعجزه عن الوطء وإلّا جاز النكاح ان رضيت وان لم تكن رشيدة وكذلك الرشيدة في الانفاق ، واما الانفاق من كسب حرام فلا يجوز معه النكاح وان رضيت (قال) المهدي في الحاشية وقول التسولي قد يرد بان ما قالوه من باب ارتكاب اخف الضررين غير صحيح لانه يقدر على تركهما لكونهما في طوقه فيجب عليه تركهما ولا يرتكب واحد منهما وانما يرتكب الاخف عند عدم القدرة على الترك كالمضطر لاكل الميتة وما اشبه ذلك وقول التسولي ولانه يزجر على الاضرار واطعامها الحرام وإلّا طلق عليه هذا فيه تهافت اي تساقط اذ حاصله انه يجوز له ان يتزوجها ويطعمها الحرام ابتداء فاذا تزوجها زجر عن اطعامها الحرام وان لم ينزجر طلق عليه وهذا كلام ركيك بلغ الغاية في السقوط اه ، والذي عليه جمهور العلماء ان الاصل في النكاح الندب لقوله صلى الله عليه وسلم يا معشر الشباب الحديث المتقدم وقيل بوجوبه لحمل الحديث عليه ، والباءة بالموحدة والمد وءاخره ها التانيث والمراد به هنا المال الموصل له فهو على حذف مضاف اي مؤن النكاح ، وقوله وجاء بكسر الواو والمد نوع من الخصاء شبه ما يقطع النكاح من الصوم فذلك اذا صنع بالفحل

اقطع ذلك عنه ، ويستحب كونها بكرا ولو اكبر من الثيب لانها لم تجرب الرجال ، ونظر وجهها وكفيها باذن لقول الله عز وجل ولو اعجبك حسنهن ، وري عن المغيرة بن شعبة انه قال خطبت امراة فقال لي النبي صلى الله عليه وسلم انظرت اليها فقلت لا فقال فانظر اليها فانه اجدر ان يدوم ما بينكما ، وفي طرر ابن عات قال عمر ابن الخطاب رضي الله تعلى عنه بنت عشر سنين تسر الناظرين وبنت عشرين لذة للمتعانقين وبنت ثلاثين ذات سمن ولين وبنت اربعين ذات بنات وبنين وبنت خمسين عجوز في الغابرين كنت رايت هذا اللفظ في بنت الستين وكنت رايت في بنت الخمسين بغية للقانعين اه ، ومن نوادر حديث خالد بن سعد مولى الفقيه محمد بن لبابة يرفعه الى ابي هريرة رضى الله تعلى عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من يمن المرأة تبكيرها بالبنت الحديث اه ، ومن المستحباة خطبة بكسر الخاء ما ورد من الخطب في استدعاء النكاح والايجاب اليه وبضم الخاء ما يقوله الخطيب في الجمعة والاعياد وبفتح الخاء المرة الواحدة قال صاحب نيل الارب في مثلثات العرب

ومرة الوعظ تسمى خطبه ❊ ثم التماس للنكاح الخطبه
وما به يخطب فهو الخطبه ❊ وحمرة اي في سواد الشعر

وتقليلها لان الناس فيهم الضعيف وذو الحاجة ، وفي الواضحة كانوا يستحبون ان يحمد الله الخاطب ويصلي على نبيه صلى الله عليه وسلم ثم يخطب المراة ثم يجيبه المخطوب اليه بمثل ذلك من حمد الله تعلى والصلاة على نبيه صلى الله عليه وسلم ثم يذكر اجابته اه قال بعض الاكابر اقلها ان يقول الولي الحمد لله والصلاة والسلام على رسوله زوجتك على كذا ويقول الزوج الحمد لله والصلاة والسلام على رسوله قبلت نكاحها كذا في الحطاب ، وان تكون الخطبة يوم الخميس لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يتبرك به ويسافر فيه او يوم الجمعة بعد العصر لقربه من الليل لاجتماع الناس فيه ، وان يكون العقد في شوال والبناء فيه لان النبي صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضي الله عنها في شوال وبنى بها فيه وقيل تزوج بها في رمضان

والاصح الاول ، وينبغي ان يخالف الجهال ومن لا يعبأ به في كراهتهم عقد النكاح في المحرم والدخول فيه متمسكا بما عظم الله ورسوله من حرمته وردعا للجهال قاله الامام المازري في شرحه المسمى بالمفهم على مسلم ، ويستحب اشهاد عدلين غير ولي حين العقد خوف موت او ندم وليس الاشهاد شرطا في صحته لحصوله بالايجاب والقبول وانما هو شرط كمال في العقد وشرط في صحة الدخول على المشهور كما ياتي ، واشهاره ولو بتصفيق بيد كدف ودخان ، وفي الحديث اظهروا النكاح واضربوا عليه بالغربال قال ابن حبيب يعني الدف وقال غيره هو مغشى من جهة واحدة ، (ابن) المواز قال مالك لاباس بالدف والكبر والمزهر فالدف معروف والكبر بفتحتين الطبل والمزهر بكسر الميم آلة طرب وهو المعروف بالعود ، وقال ابن حبيب رخص في العرس باظهار الكبر والدف والمزهر وعفي عن اللعب بذلك في العرس وكره مالك الغناء في العرس وغيره إلّا مثل ما كان نسآء الانصار يقلن او رجزا خفيفا لا بكثير ولا بقليل اه من ابن راشد (قلت) وعادة اهل توزر وعملها اشهار النكاح بالطبول واطلاق البارود وعادة اهل حاضرة تونس اشهاره بجمع غفير من الصبيان ولفيف الناس بالتصفيق وغيره عند سوق الجهاز وحمله على ظهور الدواب لبيت البناء وكذلك تهنئة عروس في عقد ودخول والدعآء له كان يقال له بالرفاء والبنين بارك الله لك ولاباس بالزيادة على هذا من ذكر السعادة وما احب من خير ومعنى الرفا بكسر الراء والمد الاتفاق والملايمة ، وكان النبيء صلى الله عليه وسلم اذا رفا الانسان اذا تزوج قال بارك الله لك وبارك عليك وجمع بينكما في خير كذا في كبير الشيخ بهرام ، والوليمة والاصل فيها ان النبيء صلى الله عليه وسلم اولم على زينب رضي الله تعلى عنها بشاة واولم على بعض نسائه بالخبز والتمر والاقط وقال صلى الله عليه وسلم لعبد الرحمان لما اخبره بانه تزوج بارك الله لك اولم ولو بشاة ، وقيل بوجوبها حيث حمل للامر عليه قال مالك رحمة الله عليه كان ربيعة يقول انما تستحب الوليمة لاثبات النكاح ولاظهاره لان الشهود قد يهلكون اه ، وان تكون بعد البناء

وقيل قباه افضل وتتعدد بتعدد الزوجات فمن نكح ثلاثا في عقد واحد اولم لكل واحدة في يوم او نكحهن مرتبا ولم تتخلل الوليمة . ولا يقضى بها على المشهور لانها مستحبة كما مر . وتجب اجابة من عين ان لم يحضر من يتاذى به المدعو ولم يكن منكر ولا كثرة زحام وان لا يكون بالطريق شدة وحل . وان لا تختص الدعوة بالاغنياء . وان لا يكون على رؤس الاكلين من ينظر اليهم . وان لا يفعل طعامها لاجل المفاخرة والمباهاة لا للاكل فقط فان توفرت هذه الشروط وحضر فهو في الاكل بالخيار ان كان مفطرا . والوليمة في اللغة هي طعام العرس خاصة . والخرس بضم الخاء المعجمة طعام النفاس . والعقيقة طعام المولود . والنقيعة طعام القادم من سفر . والمادبة بضم الدال وفتحها طعام الدعوة واجتماع الاحباب . والاعذار من اعذر طعام الختان . والحذاقة بضم الحاء المهملة طعام الصبي عند حذاق القرءان وحفظه. والوكيرة براء بعد ياء ساكنة طعام بناء دار فهذه ثمانية وردت من كلام العرب كما في بهرام وغيره ويستحب الاتيان للعادية كالوليمة ويباح ما عداها كما في حاشية البناني وقد نظمتها فقلت .

وليمة للعرس خرس للنفاس * عقيقة لولدها فلا التباس
نقيعة لقادم من سفر * مادبة طعام دعوة دري
ما كان للختان اعذار علم * حذاقة لحفظ قرءان رسم
وكيرة طعام دار بنيت * فذي ثمان خصصت وبينت

ولام ولدها بالسكون لغة في ولدها بالتحريك (وقوله) وباعتبار الناكح النكاح البيت فالنكاح مبتدا وواجب وما عطف عليه خبره وباعتبار يتنازعه الثلاثة واعمل الاخير واضمر في الاول والثاني ولم يبرز لانه فضلة (هذا) وقد تقدم الكلام على اركان النكاح الخمسة الحقيقية في تعريف الامام ابن عرفة والكلام الان على اركانه الخمسة الاصطلاحية المترجم لها واليها اشار الناظم رحمه الله تعالى بقوله

(والمهر والصيغة والزوجان * ثم الولي جملة الاركان)

قال ابن الحاجب اركان النكاح الصيغة والولي والزوج والزوجة والصداق اه وبيان كونها اصطلاحية لا حقيقية انها شروط لتحصيل ماهية النكاح الذي هو العقد ومن المعلوم ان الشرط خارج عن الماهية فلا يصح حمله عليها حمل مواطاة اذ لا يقال النكاح زوج وزوجة الخ بل يقال النكاح شرط وجوده زوج وزوجة الخ بخلاف الاركان الحقيقية فانها تحمل عليه حمل هو هو فيقال النكاح عقد على مجرد متعة الى آخر التعريف المشتمل على جنس المعرف بفتح الراء وفصوله الاربعة التي وقع الاحتراز بها عن الغير كما مر بيانه اذا تقرر هذا علمت ان اطلاق الاركان على المهر وما عطف عليه مجاز ثم لما غلب الاستعمال صار اطلاقه عليها حقيقة عرفية وتنوسي المجاز ولا مشاحة في الاصطلاح وستمر بك ان شاء الله تعلى موضحة بذكر شروطها ركنا ركنا . واما الاشهاد فليس بركن كما مر واليه اشار الناظم بقوله

(وفي الدخول الحتم للاشهاد * وهو مكمل في الانعقاد)

يعني ان وجوب الاشهاد بالنكاح شرط في صحة الدخول وشرط كمال في الانعقاد . وانما شرع الاشهاد تحصينا لحقوق الزوجين وسدا لذريعة الزنى ولم يكن في انكحة الصحابة رضي الله تعلى عنهم لأمنهم من ذلك بل كانوا يعلنون فقط فان دخل الزوج بزوجته بدون اشهاد فسخ نكاحه بطلقة بائنة لانها بحكم حاكم وكان الفسخ بطلاق لاعترافهما بالزوجية ولا حد عليهما اتفاقا اذا اعترفا بالوطء وكان النكاح فاشيا او شهد عدل على النكاح او على ابتنائهما باسم النكاح او جاءا مستفتيين فان لم يكن شيء من ذلك حدا لتهمة الزنى ولو جهلا وجوب الاشهاد على المشهور وله ان يتزوجها بعد الاستبراء واستبراؤها كالعدة فان لم يعترفا بالوطء فعليهما الادب باجتهاد الحاكم . واشار صاحب الطرر الى الخلاف في الحد اذا تقاررا بالوطء ولم يقرا بالزنى وانما اقرا بما لو اقاما عليه البينة لم يحدا قال واصل اشهب انه لا يحد احد باكثر مما اقر به وقال في ءاخر طرره في ترجمة تسجيل نكاح ادعاه احد الزوجين ما نصه ابن رشد رحمه الله تعلى اذا تقارر الرجل والمرأة على النكاح ولم

تقم على اصله بينة وهما غير طاريين فلا يخلو الامر من وجهين احدهما ان تكون المرأة في ملكه وتحت حجابه فالميراث بينهما قائم والزوجية بينهما ثابتة اذا طال كونه معها واشتهر الامر لانه اذا لم يطل ذلك ويشتهر فوجوده معها ريبة توجب عليهما الادب والحد ان تقاررا بالوطء على اختلاف في ذلك وكذلك اذا لم يعلم منهما اقرار لان كونها في ملكه وتحت حجابه كالاقرار منهما بالنكاح او اقوى واما اذا كانت بائنة عنه منقطعة فان شهد فيه بالسماع وطال الامر مدة تبيد فيها الشهود ففي ذلك قولان قد قيل ان الشهادة في ذلك بالسماع عاملة وقيل لا تجوز واما ان لم يمض من المدة ما تبيد فيه الشهود فلا خلاف ان الميراث لا يكون بينهما الا ان تقوم بينة على اصل النكاح واما الطارئان فلا يعترضان اه (قلت) ولعلهم لم يراعوا الخلاف حتى ينتفي الحد ان دخلا بلا اشهاد ولم يحصل فشو ونحوه لان هاته المسئلة مبنية على سد الذرايع . كما علمت وهو مقدم على مراعاة الخلاف لانه اقوى منها في الاعتبار . وقول الناظم وفي الدخول خبر مقدم والحتم مبتدا مؤخر وللاشهاد متعلق به وهو مبتدا ومكمل خبره وفي الانعقاد متعلق به (فالركن الاول) الزوج ويشترط في جواز اقدامه على النكاح ان يكون خاليا من الموانع الاتي بيانها في شروط الزوجة كما يشترط في لزوم النكاح له ان يكون مطلق اليد والاختيار ليس بمحجور عليه ولا بمكره فان كان محجورا عليه او مكرها فان نكاحه غير لازم ففي الحطاب ستة يرد نكاحهم العبد والسفيه والمفلس والمحرم والمريض والمرتد إلّا ان يجيز السيد للعبد وولي السفيه وغرماء المديان بهذه الثلاثة تجوز بالاجازة والثلاثة الباقية لا تجوز بالاجازة ويفسخ وان دخلوا ولهم ان يراجعوا اذا طلقوا طلاقا رجعيا اه (فرع) مرتب اذا وطئها المكره على العقد غير مكره على الوطء لزمه امضاء النكاح على المسمى وان زاد على صداق المثل ويدرا الحد عنه إلّا ان يقول وطئتها على غير رضى مني بالنكاح فيحد ويلزمه المسمى وتحد المراة ان كانت عالمة بانه مكره على النكاح وغير راض بالوطء (والركن الثاني) الزوجة ويشترط فيها ما يشترط في

الزوج ما عدى اطلاق اليد لانها ان كانت محجورة فلا اعتبار باذنها وان لم تكن محجورة لزمها النكاح بمجرد الاذن . وان تكون خليه من الموانع التي تقتضي تحريمها قال ابن راشد وهي على شطرين (الاول) فيما يحرم على التابيد (والثاني) فيما يحرم في حالة (فالذي) يحرم على التابيد خمسة انواع (النوع الاول) المقاربة وهي السبع الوارد فيها نص الكتاب العزيز في قول الله عز وجل حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم واخواتكم الى ءاخر الاية . وهي اصول الرجل وفصوله وفصول اول اصوله واول فصل من كل اصل وان علا فالاصول الامهات وان علون والفصول البنات وان سفلن لابن او بنت والمنفية بلعان والمخلوقة من ماء الزنى على المشهور . وفصول اول اصوله الاخوات وان سفلن . واول فصل من كل اصل العمات والخالات فبنات العمات والخالات حلائل (الثاني) الرضاع فيحرم من الرضاع ما يحرم من النسب والولادة وسياتي في بابه (الثالث) المصاهرة قال الله تعلى وامهات نسائكم وربائبكم اللتي في حجوركم من نسائكم اللتي دخلتم بهن وحلائل الابناء وان سفلوا وكذا زوجة ابن البنت وامته . وحلائل الاباء وان علون من الجانبين لقول الله تعلى وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم وكذا حايلة الابن من الرضاع وقال ولا تنكحوا ما نكح ءاباؤكم من النساء وكذا منكوحة الاب من الرضاع (الرابع) اللعان فالملاعنة محرمة على التابيد ولو اكذب الملاعن نفسه كما ياتي (الخامس) النكاح في العدة وقد وقع النص على تحريم العقد على المعتدة في قول الله تعلى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله الاية قال صاحب المختصر وحرم خطبة معتدة ومواعدتها كوليها كمستبراة من زنى وتابد تحريمها بوطء اه وقيل يتابد تحريمها بمجرد العقد (فرع) اذا تزوجت وهي ترى انها في العدة ثم ينكشف ان عدتها قد انقضت ثبت نكاحها وليس لاحدهما نقضه (والذي يحرم) في حالة دون حالة عشرة انواع (الاول) المرض من الجانبين اذا كان مخوفا غير متطاول وسياتي بيان المرض المانع عند قول الناظم . ومن مريض ومتى من المرض

البيت في فصل صريح الطلاق فاذا وقع عقد النكاح في المرض المانع فانه يفسخ قبل البناء وبعده ولو ولدت الاولاد ويلحقون به فاذا مات احدهما قبل الفسخ فلا ميراث له لانه فاسد لعقده ولا شيء للزوجة من الصداق اذا حصل موت او فسخ قبل البناء ولها المسمى بعده من ثلث ماله ثم قال ابن راشد (الثاني) الاحرام باحد النسكين فلا يجوز لمحرم بحج او عمرة نكاح ولا انكاح حتى يطوف طواف الافاضة ويصلي ركعتي الطواف (الثالث) الردة فاذا نكح الرجل بعد ارتداده لم يجز ويفسخ رجع الى الاسلام او لم يرجع (الرابع) ان تكون ذات زوج غير مسبية لقبول الله تعلى والمحصنات من النساء إلَّا ما ملكت ايمانكم الاية لان السبي يهدم النكاح (الخامس) الكفاءة في الدين إلَّا الكتابية للمسلم قال الله تعلى ولا تنكحوا المشركات حتى يومن ولا تنكحوا المشركين حتى يومنوا وقال تعالى فان علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن الى الكفار لاهن حل لهم ولا هم يحلون لهن (السادس) الرق فلا يجوز للرجل ان يتزوج امته ولا المرأة عبدها (السابع) المستوفاة طلاقا فاذا طلق الحر زوجته ثلاثا او طلق العبد زوجته اثنتين فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا بشروطه المذكورة في محلها (الثامن) ان تكون المراة راكنة الى الغير ولم يبق بينهما إلَّا العقد (التاسع) ان تكون يتيمة غير بالغ وفي انكاحها ثلاث روايات احداها انها تزوج مطلقا وذلك لسائر الاولياء . وثانيتها انها لا تزوّج حتى تبلغ . وثالثتها انها تزوج اذا بلغت عشر سنين وكانت مطيقة للوطي ودعتها ضرورة الى ذلك وخيف فسادها وياذن القاضي وبهذه الرواية جرى عمل المتاخرين (العاشر) محرمة الجمع ولها صورتان (الاولى) الجمع بين الاختين وهو محرم بالكتاب قال الله تعلى في آية المحرمات وان تجمعوا بين الاختين . والحقت السنة بذلك الجمع بين العمة وبنت اخيها والخالة وبنت اختها قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المراة وخالتها . وقد اجمع المسلمون على الاخذ بهذا النهي في الجمع بين الاختين وفي الجمع بين المراة وعمتها او خالتها في

النكاح وفي الوطء بملك اليمين (وكذا) لا يجوز الجمع بين العمتين ولا بين الخالتين فصورة العمتين ان يتزوج رجلان كل واحد منهما ام الاخر وصورة الخالتين ان يتزوج رجلان كل واحد منهما بنت الاخر فيولد لكل بنت فكل واحدة من البنتين عمة الاخرى في الاولى وكل واحدة خالة الاخرى في الثانية ومعنى قول القائل

ولي خالة وانا خالها ❀ ولي عمة وانا عمها
فاما التي انا عم لها ❀ فان ابي امه امها
اخوها ابي وابوها اخي ❀ ولي خالة هكذا حكمها
فاين الفقيه الذي عنده ❀ علوم الديانة او وجهها
يبين لنا نسبا خالصا ❀ ويكشف للنفس ما غمها

صورة الاولى اخوه لامه تزوج بجدته من ابيه فأولدها بنتا فهي عمته وهو عمها وصورة الثانية جده من جهة امه تزوج اخته من ابيه فاولدها بنتا فهي خالته وهو خالها (فريدة) تقول امراة لطفل يا ولد اخي ويا ولد اختي صورتها اخوها لابيها تزوج اختها لامها فولدت طفلا . وتقول امراة لطفل ايضا يا ولد اخي ويا من ابوه اخو اولادي صورتها رجل تزوج امراة وابوه تزوج ابنتها فولد لكل طفل فولد الكبرى اخو الصغرى وابوه اخو اولادها . وقول القائل في ستة نسوة كلهن من امراة واحدة اثنتان منهن بناتي واثنتان عماتي واثنتان اخواتي صورتها امراة لها بنتان ورجل وابوه وابنه تزوج الابن بالام والاب باحدى البنتين والرجل بالاخرى وولد كل بنتان وهو واضح (والصورة الثانية) الجمع مع اربعة نسوة والخامسة محرمة اجماعا على الحر والعبد . واختلف في المخلقة وهي التي افسدت على زوجها فطلقها هل يتأبد تحريمها على من افسدها وكذا الهاربة على من هرب بها والراجح عدم التأبيد والله اعلم (والركن الثالث) الصيغة واليها اشار الناظم بقوله

(فالصيغة النطق بما كانكحا ٭ من مقتض تابدا مستوضحا)

يعني ان الصيغة هي التلفظ من الولي بكلام يدل ويقتضي تمليك عصمة وليته على التابيد لنكاحها ممن خطبها منه اقتضاء واضح الدلالة على ذلك كقوله انكحت وزوجت وكذلك وهبت وتصدقت واعطيت ومنحت قاصدا بواحدة من هذه الاربعة النكاح مع ذكر الصداق قال ابن الحاجب الصيغة من الولي لفظ يدل على التابيد مدة الحياة كانكحت وزوجت وملكت وبعت وكذلك وهبت بتسمية الصداق ومن الزوج ما يدل على القبول اه وسواء تقدم الايجاب على القبول الذي هو مندوب او تقدم القبول على الايجاب كان يقول الزوج للولي زوجني فيقول الولي زوجتك فينعقد النكاح (فرع) سئل العلامة الورزيزي عمن قال لرجل ان اعطيتني كذا وكذا زوجتك ابنتي هل يلزمه التزويج ان اعطاه ذلك ام لا (فاجاب) قال في العتبية من قال لرجل ان اتيتني بخمسين دينارا زوجتك ابنتي فعدة لا تلزم وقال التونسي احب الي ان تلزم والله اعلم اه قلت المشهور في المسئلة اللزوم وهو مذهب المدونة ان ورطه ببيع اثاثه مثلا ولها نظائر في التزامات الحطاب . وفهم من قوله فالصيغة النطق الخ انه لا ينعقد بالاشارة المفهمة ونحوها كقول صاحب الاستذكار النكاح يفتقر الى التصريح ليقع الاشهاد عليه لكن قال الحطاب ينبغي ان يقيد ذلك بمن يمكنه النطق اه قال ابن راشد فان كان الزوجان صماوين بكماوين قلت هذا ما اصدق فلان الاصم الابكم زوجه الصماء البكماء وتبني على ما تقدم الى الاشهاد فتقول شهد على اشهاد الزوجين المذكورين بما فيه عنهما من اشهداه به على انفسهما في صحتهما وجواز امرهما وعلم رضاهما بذلك بالاشارة المفهمة عنهما مرادهما ورضاهما بعد تلقينه لهما في كل فصل من الفصول المذكورة المرة بعد المرة بالاشارة التي لم يشك شهوده في فهمها لها ووقوفهما عليها واشهده مع ذلك المنكح فلان بما فيه عنه وهو بصحة وجواز امر وذلك بتاريخ كذا اه والهاء من اشهداه عائد على من في قوله من اشهداه وقد رأيت في بلد نفطة زوجين بهاته الصفة يفهم كل واحد منهما صاحبه فهما جيدا والرجل قلال صناعة (تنبيهان) الاول لا بد من الفور بين الايجاب والقبول فان

تاخر بيسير كاليوم واليومين جاز والا فلا وهذا في النكاح الموقوف وقد اضطربت اقوالهم فيه فمن ذلك قول الباجي هو ان يعقد الولي نكاحها ويوقفه على اجازتها ويذكر انه لم يعلمها ذلك وكذا لو انفذ الزوج قبوله وبقي الايجاب موقوفا انظر الرصاع . واما تقديم الايجاب على القبول في البكر المجبرة يزوجها ابوها من غائب فهو جائز طال الزمن او لم يطل قال في الاجوبة الفاسية (وسئل) شيخ شيوخنا ابو محمد عبد الله العبدوسي عمن اشهد انه انكح ابنته البكر من فلان بصداق مسمى فلم يبلغه الخبر إلّا بعد سنين (فاجاب) ان هذا ايجاب للرجل المذكور فيها فان قبله الزوج حين بلغه صح نكاحه قرب ام بعد ولا يجري فيه الخلاف الذي في النكاح الموقوف قال وكثير من الطلبة يلتبس عليه الفرق بين المسئلتين اه (وسئل) الشيخ السراج عن رجل عقد النكاح لولده على امراة ولم يسمع من الولد قبول ولا رد فبقي الولد كذلك سنة ومات فهل يصح هذا النكاح ويحمل على القبول فيلزم الصداق والميراث والعدة او يحمل على عدمه ولا يلزم شيء من ذلك (فاجاب) بانه لا يحمل على القبول ولا صداق في ذلك ولا ميراث ولا عدة لان النكاح لم ينعقد ولم يثبت إلّا بثبوت قبوله وقبوله لم يثبت اه ونظيرها في عدم صحة النكاح لعدم ثبوت شرطه فتوى الامام البرجيني ونقل عن الامام القصار خلافه ويجري مجرى الرضى بالقول حضور الزوج لاطعام الطعام كذا في المعيار (تنبيه) لابد من تقييد المسئلة بكون الابن رشيدًا اذ لو كان سفيها لزمه النكاح على القول بان للولي جبر السفيه على النكاح كذا في السجلماسي على العمل الفاسي (الثاني) ان نكاح الفاتحة ليس بعقد شرعي وانما هو تراكن فلا يترتب عليه اثر النكاح من ارث وصداق وان قبضت الزوجة شيئا ردته ففي المعيار نقلا عن ابن لب في نوازل النكاح من ان عادة الناس عند الخطبة التواعد على الايجاب والانعقاد يتوقف على زمان يحضره الشهود وينبرم به الامر فمن ادعى انبرام العقد قبل ذلك فهو مدع خلاف العرف ودعواه غير مثبتة اه (وقول) الناظم فالصيغة النطق مبتدا وخبر وبما متعلق بالنطق

بمعنى المنطوق وكانكحا صفة لما او صلة ومن بيان لما ومقتض صفة لموصوف محذوف تقديره كلام وتابدا مفعول مقتض ومستوضحا بكسر الضاد اي واضحا نعت لـه (والركن الرابع) المهر ويسمى الصداق كما سياتي قريبا والاصل في مشروعيته الكتاب العزيز قـال الله تعلى فما استمتعتم به منهن فآتوهن اجورهن . وقـال جل جلاله ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات . وقد فعله النبي صلى الله عليه وسلم وقال التمس ولو خاتما من حديد الى غير ذلك من الايـات والاحاديث . وحكمه الوجوب فلا يجوز العقد على شرط اسقاطه وقدشرع الناظم في بيان بعض شروطه فقال

(وربـع دينار اقـل المصدق * وليس للاكثر حد ما ارتقى)

(او ما بـه قوم او دراهـم * ثلاثـة فهي لـه تقـاوم)

يعني انه يشترط في الصداق ان يكون اقله ربع دينار شرعي من الذهب الخالص او ثلاثة دراهم شرعية من الفضة الخالصة او ما يساوي احدهما من العروض (قـال) ابن عات في طرره اذا تزوج بعرض خاصة قيـل انه يعتبر في قيمته احدهما وقيـل لا يعتبر إلّا الورق خاصة وبالقول الاول قال ابن سهل رحمه الله اه (وامـا) اكثره فلا حد له حتى لا يرتقى عليه ولا يتعداه . وفي الطرر استحب عمر اربعمائة درهم (قـال) ابن لبابة اراد عمر ان يحمل الناس ان لا يجاوزوا هذه العدة حتى اتت امرأة فقالت له يا امير المومنين يقول الله عز وجل خلاف ما تريد ان تفعل قـال وما يقول قالت يقول وءاتيتم احداهن قنطارا فقال كل الناس اعلم منك يا عمر حتى النساء . وقال ابن حبيب المياسرة في الصداق احب الينا واقرب الى اليسر في الدين اه وقال عليه الصلاة والسلام من يمن المرأة قلة صداقها . وقولـه فهي له تقاوم اي الدراهم الثلاثة تقاوم ربع دينار فضمير له يعود عليه . ومفهومه انه اذا كان الصداق اقل من ربـع دينار فهو فاسد وهو كذلك واتمه ان دخل فان لم يدخل خير بين اتمامه ربع دينار او ثلاثة دراهم او ما يساوي ذلك فلا يفسخ وبين عدم اتمامـه

فيفسخ على المشهور بطلاق لانـه مختلف فيه ولها نصف المسمى كما قـال صاحب المختصر وسقط بالفسخ قبله إلّا نكاح الدرهمين فنصفهما اه وقوله المصدق بضم الميم وفتح الدال وقوله حد بالرفع والتنوين اسم ليس وقوله ما ارتقي ما نافية وارتقي بضم التاء مبني للنـائب . ولما ذكر اقل الصداق ذكر قدر الدراهم الشرعية بدراهم وقته استشعارا لسؤال سائل ساله عن ذلك فقـال

(وقـدرهـا بالدرهم السبعين * نحـو من العشرين في التبيين)
(وينبغي في ذاك الاحتيـاط * كخمسة بقدرهـا تنـاط)

يعني ان العشرين درهما من الدراهم السبعينية المعروفة عندهم في ذلك الوقت او نحوها هي قدر الدراهم الثلاثة الشرعية ومع ذلك فينبغي الاحتياط بزيادة خمسة دراهم على العشرين لتحقيق قدر الثلاثة الدراهم خوفا من ان يكون في العشرين نقص او غش فينقص الصداق الشرعي عن اقله فيزول الخوف بتلك الزيادة (قلت) وفي هـذا التقريب تامل وقد قربت الدينار الشرعي في زماننا فوجدته قدر نصف لويز بضم اوله مصغرا والدرهم الشرعي قدر نصف فرنك وهما سكتان جيدتان من سكك الافرنج وكنت سمعت ذلك من بعض مشائخي رحمهم الله تعلى (وقوله) نحو اي قرب . وقوله تناط قال التسولي معنى تناط هنا تضبط الثلاثة الدراهم الشرعية والنوط التعليق يقال ناطه ينوطه اي علقه ومعنى التعليق هنـا الضبط لانـه يفسر في كل شيء بما يناسبه الا ترى انـه في تعلق القدرة بالممكنات بمعنى التـاثير وفي تعليق العلم بالمعلوم بمعنى الانكشاف وفي تعليق المجرور بعامله بمعنى انه معمول له والله اعلم اه (ولما) كان الصداق على نوعين صداق تسمية وصداق تفويض شرع الناظم في بيانهما فقال

(ومنه ما سمي او مـا فوضـا * فيه وحتمـا للدخول فرضـا)

فنكاح التسمية هو ان يسمى الصداق فيه وهو الغالب في الانكحة ومنه اذا كانت عادة قوم جارية بينهم في قدر معلوم لا ينقص عنه فانه في حكم المسمى . ونكاح التفويض هو

ان يعقداه بدون ذكر صداق وهو جائز لقول الله تعلى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم ولولا صحة النكاح على التفويض لما صح ايقاع الطلاق قاله ابن راشد ، وعرفه الامام ابن عرفة بقوله ما عقد دون تسمية مهر ولا اسقاطه ولا صرفه لحكم احد واخرج بالقيد الاخير نكاح التحكيم اه قال الرصاع قوله ما عقد دون تسمية اصله نكاح عقد فاطلق ما على النكاح لان نكاح التسمية قسم منه وهو جنس له وقوله دون تسمية احترز به من نكاح المسمي وقوله ولا اسقاطه احترز به مما اذا تزوج على ان لا صداق لها فانه غير مسمي وقوله ولا صرفه لحكم احد اخرج به اذا تزوجها على حكم فلان فيما يعينه من مهرها لان حكمه حكم المسمى وهو المسمى بنكاح التحكيم اه واذا وقع العقد على شرط اسقاط الصداق فسخ قبل البناء وثبت بعده بصداق المثل (واما) نكاح التحكيم فقد عرفه الامام ابن عرفة بقوله ما عقد على صرف قدر مهرها لحكم حاكم قال الرصاع بيانه ظاهر اه وجمعها صاحب المختصر بقوله وجاز نكاح التفويض والتحكيم عقد بلا ذكر مهر قال الحطاب عقد بلا ذكر مهر تفسير لنكاح التفويض والتحكيم لانه لما جمع النوعين فسرهما بالقدر المشترك بينهما وهو عدم ذكر المهر ولكل من النوعين فصل يمتاز به فيمتاز التفويض بانه لم يذكر فيه المهر ولا صرف الحكم فيه لحاكم ونكاح التحكيم بانه صرف الحكم فيه لحاكم اه . وقوله وحتما للدخول فرضا يعني ان صداق المثل في نكاح التفويض يفرض لوقوع الدخول فرضا محتما واما قبل الدخول فلا يتحتم الفرض وان امتنعت من تمكينه حتى يفرض لها لزمه احد امرين اما الفراق ولا شيء عليه او الفرض ويكره لها ان تمكن نفسها قبل ان يدفع لها ربع دينار او ما يماثله ولزمها المفروض في نكاح التفويض وفي تحكيم الزوج ان فرض لها صداق المثل قال صاحب المختصر ومهر المثل ما يرغب به مثله فيها باعتبار دين وجمال وحسب ومال وبلد واخت شقيقة او لاب اه ولا يلزمه ان يفرض لها ذلك بل ان شاء طلق ولا شيء عليه وجاز الرضى بدونه للرشيدة وللاب في محجورته والسيد في امته ولو بعد الدخول بها وتقرر

صداق المثل على الزوج وللوصي في السفيهة الرضى بدونه قبل الدخول وان لم ترض حيث كان نظرا لها كرجاء حسن عشرة الزوج لها لا بعده لتقرره بوطئه فاسقاط شيء منه غير نظر فليس الوصي كالاب لقوة تصرفه دونه لا البكر المهملة فليس لهنا الرضى بدون صداق المثل ٠ وقوله وحتما صفة لموصوف محذوف كما مر وهو مفعول مطلق لفرضا البني للنائب والفه للاطلاق وللدخول يجوز ان تكون اللام داخلة على مضاف محذوف كما قدرناه ويجوز ان تكون بمعنى بعد كما في قول الله تعلى اقم الصلاة لدلوك الشمس (فرع) اذا اختلفا في التفويض والتسمية قال مالك في المدونة في رجل تزوج امرأة فهلكت قبل البناء فلما طلب بالصداق قال تزوجت على تفويض فالقول قوله مع يمينه وله الميراث وليس عليه صداق وان طلق قبل البناء فلا شيء عليه وان مات الزوج وادعت المراة تسمية وقال ورثته كان على تفويض فالقول قولهم مع ايمانهم ولها الميراث دون الصداق ٠ وحمل الشيخ ابو الحسن قوله على ان النكاح كان عندهم على تسمية وعلى تفويض قال ولو كانت العادة عند قوم التسمية خاصة لم يصدق الزوج في دعوى التفويض وكان القول قول من ادعى التسمية اذا اتت هي او والدها بما يشبه كذا في الفائق ثم قال

(وكل ما يصح ملكا تمهرا إلّا اذا ما كان فيه غررا)

يعني ان كل ما يصح ملكه يصح ان يكون مهرا إلّا اذا كان فيه غرر كثير كالعبد الابق والبعير الشارد والثمرة التي لم يبد صلاحها او جلد اضحية لأنه لا يجوز بيعه او عقد بالف وان كانت له زوجة فالثمان فسخ قبل البناء للشك الواقع في قدر الصداق وثبت بعده بصداق المثل لانه نكاح بغرر ٠ وفي المختصر مع مزج الزرقاني الصداق كالثمن في مقابلة السلعة اثباتا ونفيا فيشترط فيه كونه طاهرا منتفعا به مقدورا على تسليمه معلوما وفي موانعه كوقوعه بخمر او خنزير ولو كانت الزوجة ذمية او مجهول ويغتفر فيه من يسير القدر ما لا يغتفر في الثمن لجوازه بشورة وبصداق المثل اه وانما اغتفر فيه ذلك لان النكاح مبني على المكارمة بخلاف البيع لانه مبني على المشاحة فلا يجوز

فيه الغرر مطلقا والله اعلم (فـرع) ان وقع النكاح بقلة خل حاضرة مطينة فـاذا هي خمر ثبت النكاح وعليه مثل الخل كمن تزوجت بمهر فوجدت به عيبا فلها مثله غير معيب ان وجد وإلّا فبقيمته ترجع . وان وقع بقلة خمر فاذا هي خل ثبت النكاح ايضا لكن ان رضياه فلعلها تقول لم اشتر خلا ان كرهت او هو يقول لم ابـع منك خلا ان كره النكاح . وقـــوله

(والمهر والصداق ما قد اصدقا * وفي الكتاب بالمجـاز اطلقا)

يعني ان القدر الذي يبذله الزوج لزوجته في النكاح يسمى مهرا ويسمى صداقا وقد زيد عليهما ثمانية وهي الفريضة والحبـاء بالكسر والمد والنحلة بكسر النون والنفـقة والاجر والعقر بضم اوله وسكون ثانيه والطول بفتح الطاء والعليقة ومعناهـا واحد كما في شفاء الغليل لابي الحسن وغيره وقد نظمتها فقلت

اعلـم هـداك الله للفـلاح * اسماء ما يبذل في النكاح
مهر صداق وفريضة حبـا * ونحلـة نفقـة دع الصبـا
عليقة اجر وعقـر يا فـتى * ثمت طول عدها عشرا اتى

واما اطلاق الصداق على الكتاب الذي هو الحجة المتضمنة لشهادة الشهود على النكاح فهو مجاز . وقوله اصدقا واطلقا بالبناء للنائب والفهما للاطلاق (تنبيه) قـال ابن عات في طرره وقد سئل عن شراء الرق يكتب فيه الصداق واجرة الكاتب على من تكون قال على الذي يتوثق لنفسه وهو ولي المرأة اه ونقل بعض القرويين مثلـه عن الوانوغي قال ولابن سهل خلافه (قـات) والذي عليه عمل تونس ان الزوج هو الذي يشتري الرق ويعطي اجرة الكاتب وياخذها واذا احتاجت الزوجة الى نسخة اخذتها واعطت جميع ما يلزمها واما اجر وثيقة سبب الايم او اليتيمة وكذا اجرة العون الذي يبلغ اذن القاضي للشهود فانها لا تكون على الزوج بل على الزوجه إلّا بشرط كما في البرنامج ثم قـــــال

(ويكره النكاح بالمؤجـل * إلّا اذا مـا كان مـع معجـل)

يعني انه يكره عقد النكاح ابتداء على تاجيل الصداق كله باجل معلوم إلّا اذا كان المؤجل معه معجل بان اتفقا على ان بعضه مؤجل وبعضه معجل فلا كراهة وما درج عليه الناظم من التفصيل ضعيف والراجح الكراهة مطلقا قال مالك فيمن تزوج امرأة بدنانير مسماة نقدا وبدنانير الى سنة لا يعجبني هذا النكاح وليس هو نكاح من ادركنا اهـ (فـرع) لو تزوجها بثلاثين دينارا عشرة منها نقدا وعشرة منها الى اجل وسكتا عن العشرة الثالثة فالرواية ان العشرة المسكوت عنها ساقطة ولو كان ذلك في البيع لكانت تلك العشرة المسكوت عنها حالة ، والفرق ان النكاح قد يظهر فيه عدد في العلانية ويكون في السر دونه فيكون سكوتهم بعد توزيع العشرين دليلا على ان الصداق عشرين وليس كذلك في البيع فافترقا قاله ابن راشد وقـــوله

(واجل الكوالئ المعينه * ستة اشهر لعشرين سنه)

(بحسب المهور في المقدار * ونسبة الازواج والاقدار)

يعني انه يجوز في اجل الكالئ وهو دين الصداق اذا وقع ونزل ان يكون من ستة اشهر فاقل من يوم العقد الى عشرين سنة وذلك بحسب امور ثلاثة وهي قلة المهر وكثرته وكبر الزوجين وصغرهما وعلو القَدْر وضَعْته فان زاد على العشرين لم يفسخ حتى يبلغ خمسين فاذا بلغها فسخ قبل الدخول وثبت بعده وهو ما رجع اليه ابن القاسم كما في نقل المواق خلاف ما في بعض الشراح انه رجع الى الاربعين قاله الزرقاني ، واعلم ان قوله واجل الكوالئ البيت يتضمن شرطا من شروط الصداق بطريق المفهوم وهو ان يكون الصداق حالا او الى اجل غير بعيد جدا (تنبيـه) من شرط الصداق ايضا ان لا يكون مغصوبا علماه وان لا يكون مع بيع او قرض ونحوهما على المشهور ، وان لا يتضمن اثبات النكاح رفعه كدفع العبد في صداقه نفسه لان ثبوت ملكها لزوجها يوجب فسخ نكاحها اذ لا يجوز للمراة ان تتزوج مملكها كما مر وذلك لتنافي احكام الملك للزوجية فهي تطلبه بحقوق الملك ومن جملتها رفع

درجتها عليه وهو يطالبها بحقوق الزوجية ومن جملتها رفع درجته عليها قال الله تعلى وللرجال عليهن درجة ويلزم رفع الصداق على تقدير ثبوت الملك فيكون النكاح خاليا من الصداق فيفسخ قبل البناء وبعد البناء تملكه ويفسخ النكاح ايضا اذ هو من الانكحة الفاسدة لعقدها كما تقدم ثم اذا اعتقته فله تزوجها بعد استبرائها من مائه الفاسد ان كان قد اصابها ويلحق به الولد على المشهور ، وان لا يقترن به شرط ينافيه كما سياتي في ذكر الشروط التي تقع في النكاح وقد نظمتها فقلت

شرط الصداق كونه مثل الثمن ۞ وربع دينار اقله اعلمن

مجردا من كثرة التغرير ۞ وعقد مثل البيع في المشهور

وكونه ملكا وبالحلول ۞ او ءاجلا حد بدون طول

وخاليا من الشروط المفسده ۞ وغير رافع له ان اثبته

وسياتي الكلام على ما ينبني على الانكحة الفاسدة من فسخ وغيره في فصل فاسد النكاح ان شاء الله تعلى (تنبيه) يجب على الزوج نصف الصداق اذا طلق قبل البناء كما ياتي ويتكمل بوطء او التمكين منه وان مجبوبا وسواء كان الوطء حلالا او حراما كان في الفرج او في الدبر واقامة سنة ان بلغ واطاقت الوطي ولو لم يطاها ولا تلذذ بها وبموت احدها قبل البناء ان سمى صداقا بخلاف التفويض فلا شيء فيه بالموت قبل البناء وقبل الفرض (والركن الخامس) الولي وقد شرع الناظم في بيانه فقال

p. 52/53 B

فصل في الاولياء ومن له الولاية

H. p. 181

اي هذا فصل في بيان الاولياء ومن له الولاية منهم في النكاح ومن لا ولاية له وترتيبهم ومن له الجبر ومن لا جبر له . والاولياء جمع ولي قال الله تعلى الا ان اولياء الله لا خوف عليهم ولا هم يحزنون الذين ءامنوا وكانوا يتقون اي الشرك ويتباعدون منه فكل مؤمن ومؤمنة ولي من اولياء الله تعلى ومن حزبه ، والولي لغة

يطلق على المطيع وعلى الصديق والنصير والقريب (واصطلاحا) يطلق على ولي المراة وعلى ولي الزوج اذا كان محجورا او رقيقا والاول هو المقصود هنا ، وقد عرفه الامام ابن عرفة بقوله الولي من له على المراة ملك او ابوة او تعصيب او ايصاء او كفالة او سلطنة او ذو اسلام (فقوله) على المرأة يشمل الحرة والامة (وقوله) او ابوة اي شرعية اذا الاب الزاني لا عبرة به يشمل الجد لام وليس بمراد لانه من ذوي الارحام وليسوا بآباء واما الملك فظاهر ، وقوله او تعصيب كالاخ الشقيق او لاب والاعمام وابناءهم كذلك ، وقوله او ايصاء يشمل الوصي ووصيه ، وقوله او كفالة يشمل الذكر والانثى لكن المذهب ان الكافلة لا حق لها في الولاية ، وقوله او سلطنة المراد به القاضي او نائبه ، وقوله او ذو اسلام معطوف على من له على المرأة ولاية وهو اعم الولايات قاله الشيخ ميارة ، والولي الاصطلاحي ركن من اركان النكاح كما تقدم ، والدليل على انه واجب ركن قول الله عز وجل فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن وهو خطاب للاولياء ولا يصح العضل إلّا لمن اليه العقد قاله ابن راشد (وقال) القاضي ابو بكر بن العربي العضل يتصرف على وجوه مرجعها الى المنع وهو المراد هنا فنهى الله تعلى اولياء المرأة عن منعها من نكاح من ترضاه وهذا دليل قاطع على ان المرأة لا حق لها في مباشرة النكاح وانما هو حق الولي ولولا ذلك لما نهاه الله تعلى عن منعها (فان قيل) لو كان الولي هو المنكح فكيف يقال له لا تمتنع من فعل نفسك وهو محال (قلنا) ليس الامر كما ذكرتم للمرأة حق الطلب للنكاح وللولي حق المباشرة للعقد فاذا ارادت من يرضى حاله وابى الولي من العقد فقد منعها مرادها ، وقال عند قول الله عز وجل اني اريد ان انكحك ابنتي هاتين قال علماؤنا في هذه الاية دليل على ان النكاح للولي لا حظ للمرأة فيه لان صالح مدين تولاه وبه قال فقهاء الامصار وقال ابو حنيفة لا يفتقر النكاح الى الولي الى ان قال ومن المشهور في الاثار لا نكاح إلّا بولي وقال النبيء صلى الله عليه وسلم ايما امرأة نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل

فنكاحها باطل فان مسها فلها المهر بما استحل من فرجها فان استمروا فالسلطان ولي من لا ولي له (فائدة) قال القاضي ابو بكر بن العربي قوله تعلى اني اريد ان انكحك احدى ابنتي فيه عرض الولي وليته على النكاح وهذه سنة قائمة عرض صالح مدين على صالح بني اسرائيل وعرض عمر بن الخطاب ابنته حفصة على ابي بكر وعثمان رضي الله عنهما وعرضت الموهوبة نفسها على النبيء صلى الله عليه وسلم اه (قال) ابن راشد الحكمة في كون الزوجة لا حق لها في مباشرة نكاح نفسها هو انها لما كانت لها داعية الشهوة لم يجعل لها ذلك بل جعل الى وليها اذ لو اسند امرها اليها لوضعت نفسها في دناءة وكان ذلك مضرا بها وبالولي والله اعلم ، ولما كان الولي لا يستحق الولاية إلّا بشروط ذكر الناظم منها اربعة فقال

(وعاقد يكون حرا ذكرا * مكلفا والقرب فيه اعتبرا)

(الاول) منها الحرية فلا تصح ولاية الرقيق (الثاني) الذكورية قال القاضي ابو محمد لا خلاف ان المرأة لا تكون ولية على المرأة وقال ابن يونس وحيث كانت المرأة لا تعقد على نفسها كان عقدها على امرأة غيرها احرى ان لا يجوز فقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم لا تنكح المرأة المرأة ولا المرأة نفسها (الثالث) البلوغ فلا يصح عقد الصبي وان مميزا (الرابع) العقل فالمجنون او المعتوه لا يصح عقده فهذا الشرط والذي قبله هما معنى قوله مكلفا ، واما ما ذكره من اشتراط القرب فلا يعول عليه وسياتي حكمه في ترتيب الاولياء ، وبقي على الناظم من شروط الولاية ثلاثة (احدها) الموافقة في الدين فلا يزوج المسلمة إلّا المسلم (ثانيها) ان يكون حلالا فلا تصح ولاية محرم بحج او عمرة (ثالثها) ان يكون رشيدا فلا ولاية لسفيه قال ابن وهب ويستحب حضوره ولا تضر غيبته قال ابن القاسم ولا يعقد فلو زاد الناظم

وشرطه رشد وليس محرما * وان تكن مسلمة فمسلما

وحذف شرط القرب وابدله بغيره لكان اشمل واسلم « قال » ابن راشد واختلف في اشتراط العدالة قال الشافعي رحمة الله عليه هي شرط والمشهور عندنا انها ليست بشرط

لان الفاسق وان لم يكن عنده وازع ديني فعنده وازع طبيعي يمنعه ان يوقع وليته في دناءة والوازع الطبيعي اقوى ، وكره القاضي ابو محمد ولاية الفاسق مع وجود عدل قال فان عقد جاز ونظم بعضهم جميعها فقال

شروط الولي لعقد النكاح ❁ تلوح بخير كضوء الصباح
فاولهن ذكورية ❁ فاياك واحذر وقوع السفاح
ومنها بلوغ وحرية ❁ واسلام دين هدى للفلاح
وتمليك نفس وعقل وعدل ❁ ورشد اتاك كنظم الوشاح

(ولما) كانت الولاية على قسمين عامة وخاصة فالعامة ولاية الاسلام ، والاصل فيها قول الله عز وجل والمؤمنون والمؤمنات بعضهم اولياء بعض ، والخاصة ولاية النسب والسبب فالنسب كالابوة والبنوة وما شاكلهما في العصوبة كالاخوة والجدودة والعمومة والسبب الملك والايصاء والتولية بالتوكيل والولاء ، والولاية الخاصة مقدمة على الولاية العامة ولها مراتب شرع الناظم في بيانها وهو اول الكلام على اللواحق فقال

(والسبق للمالك فابن فاب * فالاخ فابنه فجد النسب)
(فالاقربين بعد بالترتيب * بحسب الدنو في التعصيب)

يعني ان المالك مقدم على سائر الاولياء فيعقد على امته ولو كان لها اب او ابن حران اذ لا حق لهما معه في الولاية ، وان الابن ولو سفل مقدم على الاب اذا لم تكن المنكوحة مجبرة له ولا جدد عليها الحجر بشروطه الاتية في بابه وإلّا فالاب او وصيه مقدم على ابنها ، وان الاب الشرعي فالاب من زنى لاعبرة به مقدم على الاخ والاخ مقدم على ابنه ، وابن الاخ مقدم على جد النسب وان سفل ، واحترز بقيد النسب من الجد لام كما تقدم (ثم) الاقربين الاعمام وابنائهم وسائر العصبة بعد من ذكر مرتبين الاقرب فالاقرب بقدر القرب في التعصيب في الميراث فيقدم الشقيق على غيره وبقي على الناظم المولى الاعلى وهو المعتق بكسر التاء ذو الولاء ثم الكافل ثم القاضي

او نائبه ثم ولاية الاسلام العامة فتوكل رجلا من المسلمين يعقد نكاحها ، وقوله والسبق للمالك مبتدا وخبر وقوله فابن وما بعده من المعاطيف بالجر وقوله بحسب الدنو اي بقدر القرب من غير زيادة ولا نقص ، وقوله

(وللوصي العقد قبل الاوليا * وقيل بعدهم وما ان رضيا)

(وبعض استحب للوصي * ان يسند العقد الى الولى)

يعني ان وصي الاب ووصيه وان تعدد لثالث واكثر اولى بالعقد على محجورته من اوليائها وهو مقدم عليهم فان زوجها احد الاولياء بغير اذن الوصي فسخه الوصي ما لم تطل المدة وتلد الاولاد هذا هو القول المشهور الراجح وقيل انهم مقدمون عليه اذ لا يلزم من ولايته على المال ولايته على النكاح ولم يرتض هذا القول لضعفه ، وقال بعض الفقهاء يستحب اسناد الوصي العقد الى الولي خروجا من الخلاف ، والخلاف والاستحباب المذكوران انما هو في حق البالغ بكرا كانت او ثيبا وفي الوصي غير المجبر بدليل قوله الاتي في بيان من له الاجبار وكالاب الوصي فيما جعلا اب له الخ وإلّا فلا كلام لاحد منهم معه ، وقوله وما ان رضيا ما نافية وان زائدة ورضيا فعل ماض مبني للنائب والفه للاطلاق ونائب فاعله ضمير يعود على القول المفهوم من قيل (ولما) كان الوصي او المالك او الكافل او المعتق بكسر التاء قد يكون امرأة وقد تقدم ان من شرط الولي في النكاح ان يكون ذكرا اشار الى حكم المرأة اذا كانت وصيا فقال

(والمرأة الوصي ليست تعقد * إلّا بتقديم امرإ يعتمد)

يعني ان المرأة اذا كانت وصيا على انثى لا يصح ان تعقد نكاح محجورتها بنفسها وانما تقدم رجلا يعتمد عقده ويعتبر شرعا بشروطه المتقدمة ومثلها في ذلك المالكة في امتها والمعتِقة بالكسر في معتَقتها بالفتح والكافلة على احد قولين في مكفولتها (قال) ابن يونس ولما كانت المرأة لا تعقد على نفسها كان عقدها على امرأة غيرها احرى ان

لا يجوز فقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم لا تنكح المرأة المرأة ولا المرأة نفسها ويلحق بالمرأة الوصي المرأة المالكة تريد تزويج امتها والكافلة تريد تزويج مكفولتها والمعتقة بكسر التاء في معتقتها والعبد الوصي على انثى فلا بد من توكيلهم من يعقد على الانثي اه قال مالك وان استخلفت اجنبيا جاز وان كان اولياء الابنة حضورا اه فان لم توكل وباشرت هي او العبد العقد بنفسها فسخ النكاح ابدا وان طال وولدت الاولاد وسواء اجازه الولي او لا ولها المسمى بالدخول ويفسخ بطلاق لانه من المختلف فيه ولذا وجب فيه الارث . واما المرأة الوصي على ذكر او العبد الوصي عليه فسياتي الكلام عليهما عند قوله والعبد والمرأة مهما وصيا الخ وقوله يعتمد بضم اوله وفتح ما قبل اخره وفيه ضمير يعود على امرإ وجملة يعتمد من الفعل ونائب الفاعل في محل جر صفة امرإ وقوله

(والعبد والمحجور مهمى نكحا * بغير اذن فانفساخ وضحا)

(وربع دينار لها بما استحل * منها ان ابتنا وذا به العمل)

(وان يمت زوج فالارث هدر * والعكس للحاجر فيه النظر)

يعني ان العبد اذا تزوج بغير اذن سيده والمحجور اذا تزوج بغير اذن ابيه او وصيه ثم علم السيد او الحاجر بذلك فان النكاح يفسخ بطلاق ثم ان كان الفسخ قبل البناء فلا شيء للزوجة للقاعدة وهي كل صداق يسقط بالفسخ قبل البناء وان كان بعد البناء فترد الزوجة ما قبضته من الصداق وليس لها منه إلّا ربع دينار قدر ما يستحل به الفرج من الصداق على القول الذي به العمل فاذا لم يقع فسخ حتى مات الزوج الحر اذ العبد لا يتوهم فيه الارث فهذا من تتمة الكلام على المسئلة إلّا انه خاص بالمحجور تعين فسخه ويسقط الصداق ولا ارث للزوجة واذا ماتت زوجة المحجور وهو مراده بالعكس فينظر حاجره في الاصلح فان رأى ان الميراث اكثر من الصداق امضى النكاح وجوبا ولا يرده وان رأى ان الصداق اكثر من

الميراث فسخه ولا يجوز له امضاؤه اذ لا مصلحة للمحجور في امضائه ولم يتكلم على زوجة العبد الذي تزوج بغير اذن سيده اذا ماتت قبل الفسخ لان العبد لا يرث ولا يورث كما مر فامضاؤه وفسخه على السواء (تنبيه) ظاهر قوله فانفساخ وضحا تحتم الفسخ وان اجازه السيد او الحاجر وهو خلاف المشهور في العبد وخلاف المنصوص في المحجور بل لكل من السيد او الحاجر الخيار بين فسخ النكاح بطلقة بائنة حتى في حق الصبي وبين امضائه . ومحل الخيار في فسخه وامضائه ان لم يخرج من الولاية فان لم يطلع عليه حتى خرج منها ثبت النكاح ، وشمل قوله بغير اذن ما اذا فقد اذن احد السيدين فان للذي لم ياذن فسخه ، وهو المحجور ان كان ذا ابوين بان الحقته القافة برجلين ادعاه كل منهما او كان ذا وصيين واذن له احدهما او اجازه بعد الوقوع دون الاخر كالسيدين في العبد والظاهر مراعات المصلحة في الفسخ وعدمه فان اتفقا على احدهما فظاهر وإلّا نظر الحاكم والله اعلم ، وقوله هدر بفتح الدال المهملة معناه سقط وبطل ، وقوله

(وعاقد على ابنه حال الصغر * على شروط مقتضاه بالنظر)
(ان ابنه بعد البلوغ دخلا * مع علمه يلزمه ما حملا)
(وحيث لم يبلغ وان بنى فما * يلزمه شيء وهبه علما)
(والحل بالفسخ بلا طلاق * ان رد ذاك وبلا صداق)

يعني ان الاب او ما يقوم مقامه من وصي او مقدم اذا عقد واحد منهم على محجوره الصغير نكاح امرأة على شروط جائزة اقتضى نظره الدخول عليها لما راى له فيها من المصلحة حيث كانت الزوجة مرغوبا فيها كطلاق من يتزوج عليها ثم بلغ الصبي ودخل بالزوجة عالما بتلك الشروط فانه يلزمه ما حمله عليه عاقده واما قبل بلوغه فلا يلزمه شيء منها دخل او لم يدخل علم او لم يعلم وحيث كان لا يلزمه في وجه من الوجوه المذكورة فاذا بلغ وكرهه واراد فسخه عن نفسه وكذا ان بلغ ولم

يدخل او دخل غير عالم بالشروط فله فسخه بلا طلاق وبلا صداق (قال) التسولي وبالجملة ان الشروط لا تلزم المحجور إلّا بقيود ثلاثة البلوغ والدخول والعلم فان فقد الاول او الثالث فلا تلزمه والقول قوله بيمينه في عدم العلم ويسقط حق الزوجة لانها مكنت من نفسها من لا تلزمه الشروط وان فقد الثاني وهو الدخول مع وجود العلم والبلوغ فلا يسقط حقها وللزوج الخيار في التزام النكاح بشروطه او فسخه فان فسخه فالفسخ بلا طلاق وبلا صداق لا عليه ولا على حاجره اه وقوله ان ابنه هو بالرفع فاعل بفعل محذوف يفسره دخلا المذكور والتقدير ان دخل ابنه والف دخلا للاطلاق . وقوله حملا بفتح الميم اي حمله عليه والحقه به والفه للاطلاق ايضا (تنبيه) يجوز للاب اجبار ابنه الصغير على النكاح وفي الوصي ثلاثة اقوال الاجبار وعدمه والتفرقة بين ان تكون المرأة ذات شرف او ابنة عم فله الاجبار وإلّا فلا وهو الظاهر واما البالغ فلا يخلو حاله اما ان يكون سفيها او رشيدا فان كان سفيها فاختلف فيه فقيل يجبر كالصغير وقيل لا يجبر قال ابن راشد نقلا عن ابن يونس عدم الجبر هو الصواب لانهم اجمعوا على ان نصف الصداق يلزمه اذا طلق فاذا زوجه وليه وهو كاره فلا يؤمن منه ان يطلق فيؤدي الى اتلاف ماله وهو انما قدم عليه ليصلحه لا ليتلفه عليه . وان كان رشيدا عقد لنفسه او وكل من يعقد نكاحه ولو كان عبدا على المشهور وقيل لا يصح توكيل العبد ويجب على الوكيل ان يعقد النكاح بما اقتضاه توكيله نصا او عرفا فان عين له المراة والصداق وجب عليه الوقوف عند ذلك وان جعل ذلك الى نظره فله ان ينكحه ممن شاء ممن هي في قدره وحاله وليس عليه تسميتها له قبل العقد بخلاف ولي المراة اذ له الحل على نفسه بخلافها وله ايضا ان ينكحه بما شاء من الصداق ما لم يجاوز صداق مثلها من مثله مما لا يتغابن فيه فان خالف الوكيل في ذلك كله لم يلزمه ما فعله عليه ويكون له الخيار في الامضاء والرد ولا شيء عليه وان وكلت امراة رجلا على ان يزوجها فان عينت له الزوج فالامر ظاهر وان لم تعين له احدا وقالت له زوجني ممن احببت فزوجها من رجل

هل يوقف الامر على رضاها وبه قال مالك وهو المشهور او يلزمها النكاح وهو قول ابن القاسم خلاف قال ابن ناجي في صغيرة والعمل على قول ابن القاسم وقال اللخمي وهو احسن وان عقد رجل نكاح رشيد او اجنبي او امراة بدون وكالة بيده والمعقود عليه حاضر ساكت فلما تم عقد النكاح قال لا ارضى ولا امرت به وانما سكت لعلمي ان ذلك غير لازم لي حلف ان لم يكن بالفور ورد ما لم يطل بالعرف او يقبل التهنئة قال الشيخ سيدي خليل وحلف رشيد واجنبي وامراة انكروا الرضى والامر حضورا ان لم ينكروا بمجرد علمهم وان طال كثيرا لزم اهـ فان انكر بالفور فلا يمين وان كان غائبا وانكر بمجرد علمه فلا يمين عليه كالحاضر سوآ قال مالك فيمن زوج ابنه البالغ وهو غائب فانكر اذا بلغه فان النكاح ساقط ولا شيء عليه ولا على الاب من الصداق كذا في الفائق وقد تقدم الكلام على من زوج ابنه الغائب ثم مات ولم يعلم منه الرضى بالنكاح ولا عدمه ، وقـــــــوله

ص ٥٤/٥٥ B

فصل فيمن له الاجبار

اي هذا فصل في بيان من له الاجبار من الاولياء ، والاجبار لغة من اجبرته على كذا اي حملته عليه قهرا وغلبة فهو مجبر بفتح الباء اسم مفعول وفي لغة جيدة ايضا جبرته جبرا من باب قتل ومعناهما واحد وقد ذكر الناظم هنا اللغتين كما ستعرفه ، واصطلاحا هو تزويج من له الجبر من الاولياء وليته بدون توقف على اذنها ورضاها ، وهو مختص بالمالك في امته وعبده والاب في بعض بناته وابنائه الصغار والوصي اذا جعل له الاب ذلك على تفصيل ياتي ثم لا جبر لغير هؤلاء بالاصالة ، وقوله (وما يتعلق به) اي من استحباب اذن البكر البالغ ذات الاب التي لم ترشد ومنع الضرور وانكاح اليتيمة وكون الصمت اذنا في حق البكر ونحو ذلك (ولما) كان الاب لا يجبر في صور قليلة قدم الكلام عليها ليتفرغ لصور الجبر فقـــــــال

(ثيوبة النكاح والملك معا * للاب الاجبار بها قد منعا)

يعني ان الاب يمنع من الاجبار في صورتين (احداهما) الحرة البالغ اذا ثيبت بنكاح سواء كان صحيحا او فاسدا كما سيذكره قريبا فلا يجبرها وان كانت سفيهة كبكر رشدت او اقامت ببيتها سنة من الدخول وانكرت الوطيء واولى في عدم الجبر اقرارها به (الثانية) الامة البالغة اذا ثيبت بوطيء الملك فاذا حصل عتقها ولها اب حر فلا يجبرها على النكاح ايضا ومحل كون الثيب البالغ اذا ثيبت بنكاح او ملك لا تجبر على النكاح ما لم يظهر منها فساد اما ان ظهر فسادها وعجز الولي عن صونها فانه يجبرها على النكاح سواء كان ابا او غيره لكن الاحسن رفع غير الاب من الاولياء امر ذلك للحاكم فان زوجها جبرا بدون رفع مضى نقله التتائي عن ابن عرفة وقد نظمتها لغزا فقلت

ما ثيب رشيدة يا صاح * تجبر بالشرع على النكاح

وقوله ثيوبة مبتدا اول والنكاح مضاف اليه والملك بالجر معطوف عليه ومعا حال منهما وللاب متعلق بمعنا والاجبار مبتدا ثان وبها متعلق به وضميره للثيوبة وقد حرف تحقيق ومنعا بالبناء للنائب وفيه ضمير نائب فاعل يعود على الاجبار وجملة قد منعا خبرا لمبتدا الثاني وجملة المبتدا والخبر خبر المبتدا الاول والروابط ظاهرة (ثم) شرع في مسائل الاجبار فقال

(كما له ذلك في صغار * بناته وبالغ الابكار * ويستحب اذنها)

وتقدير كلامه مع ما تقدم ان الاب الحر قد منع اجباره في ابنته البالغ الحرة الثيب بنكاح او ملك ولا يكون له ذلك كما يكون له في بناته الصغار والبكر البالغ لكن يستحب اذنها تطيبا لخاطرها واستكشافا لباطنها فلعل عندها ما هو مستقبح فيمن يريد تزويجها منه لم يطلع عليه فتظهره له . وبعبارة اخرى ان الاب له اجبار بناته الصغار على النكاح سواء كن ابكارا ام ثيبات بنكاح او غيره كما له ذلك في بناته الابكار البالغات ولو عانسات

على المشهور ويستحب له اذن البالغ اذا لم يرد تزويجها من ذي عاهة وإلّا وجب كما ياتي • وفي وثائق الغرناطي سبع يزوجن بغير اذن البكر ذات الاب التي ليست بمرشدة ولا معنسة وابنته الثيب اذا طلقت بعد البناء وقبل البلوغ والابن الصغير والعبد والامة والمكاتب • والوصي في يتيمه الصغير وعبيد من في حجره واختلف في سبع منها المعنسة وسياتي الكلام عليها عند قوله وثيب بعارض كالبكر البيت ثم قال

(والسيد * بالجبر مطلقا له تفرد)

يعني ان السيد انفرد من سائر الاولياء بجبر مماليكه على النكاح مطلقا ذكورا كانوا او اناثا كبارا كانوا او صغارا كانت الاناث ثيبات او ابكارا ما لم يكن مضرا بهم كتزويجهم من صاحب برص او جذام ونحوها فلا جبر قال صاحب المختصر وجبر المالك عبدا او امة بلا اضرار اه • وقال الرسول عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا ضرار الحديث • وقوله والسيد بالجبر الخ مبتدا وجملة له تفرد من المبتدا والخبر خبره وبالجبر متعلق بتفرد ومطلقا حال من ضمير الاستقرار في جملة له تفرد • وقوله

(والاب ان زوجها من عبد * فهو متى اجبر ذو تعد)

يعني ان الاب وان كان له اجبار ابنته البكر على النكاح شرعا فانما يكون له ذلك فيما لا ضرر عليها فيه او لا تلحقها به معرة اما ما فيه ضرر او لحوق معرة فليس له جبرها فاذا زوجها من عبد سواء كان ابيض او اسود واحرى اذا زوجها من ذي برص او جذام او جنون جبرا عليها وابت الابنت ذلك فعلى الحاكم منعه لانه تعدى ما حدده الشارع له فلو قال الناظم والاب ان زوج من كعبد لشمل الجميع وقوله

(وكالاب الوصي فيما جعلا * اب له مسوغ ما فعلا)

يعني ان الوصي مثل الاب فيما جعل له الاب من تزويج بناته جبرا قبل البلوغ وبعده بدون استئذان او عين له زوجا غير فاسق او معيب ويفرض لها صداق امثالها

او قال له في وصيته زوجها ممن احببت فاذا جعل له ذلك تنزل منزلته وساغ له ان يفعل ما يفعله ابوها ان لو كان حيا فان لم يامره بجبرهن لا تصريحا ولا تلويحا ولا عين له زوجا بل قال له في وصيته انت وصيي على بناتي او زوج بناتي او وصيي على بضع بناتي فخلاف في الجبر وعدمه في هذه الصيغ الثلاثة والراجح عدم الجبر في جميعها فاذا تعدى واجبر مضى كما استظهره الزرقاني ولم يتعقب من حواشيه (فرعان) الاول قال مالك واذا اوصى الاب بتزويج البكر بعد موته لزمها ما اوصى وان كرهت وبلغت (الثاني) اذا قال الاب في وصيته للوصي لا تزوج ابنتي من فلان فاراد الوصي انكاحها من ذلك الرجل لما رءاه لها من السداد والمصلحة كان له ذلك اذا ثبتت المصلحة ثبوتا شرعيا ولا يلتفت الى قول الاب كما في احكام ابن راشد لما رفعت النازلة اليه ايام قضائه بنفزاوه والظاهر انه بنى ما حكم به على اعتبار المقصد لا اللفظ والله اعلم . وقول الناظم وكالاب الخ خبر مقدم والوصي مبتدا مؤخر وفيما متعلق بما تعلق به الخبر وجعلا اب فعل وفاعل والف جعلا للاطلاق ومسوغ بكسر الواو اسم فاعل او بفتحها اي سائغ خبر مقدم وما مبتدا مؤخر وجملة فعلا صلة ما والفه للاطلاق والعائد من الصلة للموصول محذوف اي فعله ثم قال

(وحيثما زوج بكرا غير اب * فمع بلوغ بعد اثبات السبب)

(وحيثما العقد لقاض ولي * فمع كفء بصداق المثل)

يعني ان البكر البالغ اذا اراد ان يزوجها غير ابيها كاخيها او عمها او وصيها غير المجبر او كافلها او القاضي وانما ذكره وان كان منهم وتثبت عنده الموجبات اهتماما بشانه فلا يزوجها إلّا بعد اثبات سبب ولاية الولي غير الاب بان لا يكون لها اب حي او وصي او لها اب مفقود او اسير وان ترضى بالزوج والصداق وان يكون الزوج مماثلا لها وان الصداق صداق امثالها وانها بكر يتيمة بالغ خلو من زوج وفي غير عدة وانها حرة صحيحة غير محرمة بحج ولا عمرة ولا محرمة على الخاطب لها ؛ وفي وثائق الغرناطي

لا يكون الحاكم وليا في النكاح حتى يثبت عنده اربعة عشر فصلا وهي كونها صحيحة بالغا غير محرمة ولا محرمة على الزوج وانها حرة وانها بكر او ثيب وانها لا ولي لها او ان وليها عضاها او غاب وانها خلية من الزوج والعدة ورضاها بالزوج والصداق وفوضت عقد النكاح اليه وفي غير المالكة امر نفسها ان الزوج كفؤ لها في الحال والمال وان المهر مهر مثلها اهـ . والذي عليه عمل تونس اليوم هو ان شهادة السبب ينقلها شهود النكاح الذين قدمهم القاضي لذلك من الذين شهدوا لها ويكتبونها مع رسم النكاح ولا يذكرون جميع الفصول المذكورة كما في وثائقهم الحديثة وهي كافية لمن اقتصر عليها (قال) الحطاب فان زوجها القاضي من غير اثبات ما ذكر فالظاهر ان لا يفسخ حتى يثبت ما يوجب فسخه قال ولم ار في ذلك نصا اهـ وقوله

(وتاذن الثيب بالافصاح * والصمت اذن البكر في النكاح)

(واستنطقت لزائد في العقد * كقبض عرض وكزوج عبد)

يعني ان الثيب بنكاح او ملك لما كانت لا تزوج إلّا برضاها لانتفاء الجبر عنها فلا بد ان تاذن بالنطق بالرضى ولا يكفي صمتها وان البكر التي لم يكن لها اب ولا وصي مجبر اذنها الصمت لقوله صلى الله عليه وسلم البكر تستامر واذنها صماتها والثيب تعرب عن نفسها وكما يكتفى من البكر بالصمت في الرضى بالنكاح كذلك فى التفويض لمن يعقد عليها فان قالت بعد تمام العقد وانبرامه جهلت ان الصمت رضى لم تصدق ولا يقبل عذرها بالجهل وهذه احدى المسائل التي لا يعذر فيها بالجهل وقد نظمها الشيخ بهرام فقال

ثلاثون لا عذرا لجهل يرى بها * وزدها من الاعذار تسعا لتكملا
فاولها بكر تقول لعاقد * جهلت بان الصمت كالنطق مقولا
كمن سكتت حين الزواج فجومعت * فقالت انا لم ارض بالعقد اولا
كذا شاهد في المال والحد مخطئا * شهادة صدق ضامن حين بدلا

وءاكل مـال لليتيـم وواطـيء * رهين اعتكاف بالشريعة جاهلا
كذا قـاذف شخصـا يظن بانه * رقيق فبان الشخص حرا مكملا
ومن قام بعد العام يشفع حاضرا * مع العلـم بالمبتـاع والبيع اولا
ومن ملكت او خيرت ثم لم تكن * لتقضي حتى فارقت وتفـاصـلا
كذاك طبيب قاتـل بعلاجه * بلا علم او مفت تعدى تجاهـلا
وبائع عبد بالخيـار يروم ان * يرد وقد ولى الزمان مهرولا
ومن اثبتت اضرار زوج فامهلت * فجامعها قبل القضـاء معاجـلا
وعبد زنى او يشرب الخمر جاهلا * بعتق فحد الحر يجري مفصـلا
ويفسخ بيـع فاسد مطلقـا ولا * يسامح فيه من عن الحق عولا
وكل زكاة من دفعها لكـافر * وغير فقير ضامن تلك مسجـلا
ومن يعتق الشخص الكفور لجهله * فلا يجز في كفارة وتبتـلا
كذا مشتري من اوجب الشرع عتقه * عليه ولا رد لـه ولـه الـولا
وءاخذ حـد من ابيه مفسق * كتحليفه اذ بالعقوق تسربلا
ومن يقطع المسكوك جهلا فلا يرى * شهادته من اجل ذاك تقبـلا
كمن يريا عدلين فرجا محرمـا * يبـاح وحـرا يسترق فاهمـلا
وسارق ما فيه النصاب مؤاخـذ * وان لم يكن صرف النصاب معاولا
وواطء من قد ارهنت عنده فما * يكون له عن حـد ذلك معـزلا
كذلك من يزني ويشرب جاهلا * من اهل البوادي حده ليس مهملا
ومن رد رهنـا بعد حوز لربـه * فلا شك ان الحوز صار معطـلا
وتخيير من قد اعتقت ثم جومعت * يفوت بجهل الحكم والعتق اهملا
ومن انفقت من مـال زوج لغيبة * فجا نعيه ردت من الموت فاضلا
ولا ينف حمل الفرش زوج لها اذا * رءاه ولـم ينهـض بذاك معـولا
ومن سكنت حين ارتجاع وجومعت * فقالت لقد كان اعتدادي كامـلا

وليس لمن قد حيز عنه متاعه * مقالا اذا ما الحوز كان معطلا
وقد قام بعد الحوز يطلب ملكه * وقيل له قد بعت ذلك اولا
ومن هو في صوم الظهار مجامع * لزوجته يستانف الصوم مكملا
وليس لذي مال يباع بعلمه * ويشهد قبضا بعده ان يبدلا
ومن زوجها قد ملك الغير امرها * فلم تقض حتى جومعت صار معزلا
وان ملكتها الزوج ثم تصالحا * عقيب قبول كان ليس مفصلا
وما سئلت عنه فليس لها اذن * تقول ثلاثا كان قصدي اولا
وان بعد تمليك قضت ببتاتها * فقال جهلت الحكم فيه تعاجلا
فليس له عذر اذا قال لم ارد * سوى طلقة والحكم فيه كما خلا
وان امة قالت وبائعها لقد * تزوجها شخص ففارق وانجلا
فليس لمن يبتاعها بعد علمه * بذلك عذر ان يرد اذ قلا
ولا يطانها او يزوجها الى * ثبوت خلو من زواج تحولا
ومن قبل تكفير الظهار مجامع * يذوق عقابا بالذي قد تحملا
وحق التي قد خيرت ساقط اذا * بواحدة قالت قضيت تجملا
وليس لها عذر بدعوى جهالة * وذاك الذي قد اوقعت عاد باطلا
ومن قال ان شهرين غبت ولم اعد * فامرك قد صيرت عندك حاصلا
فمرا ولم توقع وما اشهدت على * بقاها وطالت صار عنها محولا
وذاك كثير في الوضوء ومثله * بفرض صلاة ثم حج تحصلا اه

(وحيث) كانت البكر لا تعذر بالجهل ندب اعلامها بان الصمت رضى • وانما يلزم استنطاق البكر والرضى بصريح القول اذا كانت زيادة في العقد مخالفة للعادة وذلك كقبض عرض في صداقها اذا كانت عادتهم النقد او اراد الولي ان يزوجها من عبد ويفهم من الاتيان بالكاف ان ذلك لا ينحصر في المثالين المذكورين وهو كذلك قال ابو الضياء في مختصره والثيب تعرب كبكر رشدت او عضلت او زوجت بعرض

او رق او عيب او يتيمة قبل البلوغ او افتيت عليها وزاد بعضهم المعنسة على القول بانها لا تجبر وتقدم بيان المشهور فيها وقد نظمتها فقلت

سبع من الابكار يلزم نطقها * عند النكاح ولا اعتبار بصمتها
فيتيمة قبل البلوغ وعانس * ورشيدة معضولة عن عرسها
او زوجت بعروض او ذي عاهة * او من رقيق وبافتيات من اهلها

وانما كانت سبعا لان ذا العاهة والرقيق شيء واحد من جهة العيب فكل منهما ليس بكفء والله اعلم . وفي شرح الشيخ سيدي محمد ميارة قال في المنهج السالك والمستأذنات في النكاح على قسمين ابكار وثيبات فاذن البكر يكون بالصمت ويكون بالقول واذن الثيب لا يكون إلّا بالقول وقد استقصى الامام القاضي ابو عبد الله المقري كل من يلزمها النكاح من الابكار فقال في كلياته الفقهية كل بكر تستامر فاذنها صماتها إلّا المرشدة والمعنسة والمصدقة عرضا والمعلمة بعد العقد بالقرب والمزوجة ممن فيه رق او عيب والصغيرة المنكحة لخوف بعد العشر ومطالعة الحاكم والمشتكية بالعضل اه وقول الناظم وكزوج هو بالتنوين وعبد نعته . وقوله

(وثيب بعارض كالبكر * وبالحرام الخلف فيها يجري)
(كواقع قبل البلوغ الوارد * وكالصحيح ما بعقد فاسد)

يعني ان الثيوبة اذا حصلت بامر عارض كحمل شيء ثقيل اذهب عذرتها فهي كالعدم وكانها لم تزل عُذْرتها ويستمر عليها حكم الجبر الذي على البكر العذراء اتفاقا . واما الثيوبة الحاصلة بوطء حرام كما اذا زنت او غصبت فهل يبقى الجبر مستمرا عليها كالتي قبلها او ينقطع عنها الجبر ولا تزوج إلّا برضاها خلاف جرى بين العلماء فيها والمشهور الجبر (ثم) شبه في الخلاف المذكور قوله كواقع قبل البلوغ الوارد . يعني ان الثيوبة اذا حصلت بنكاح واقع قبل ورود البلوغ بعلامة من علاماته ثم مات الزوج او طلق ورجعت قبل البلوغ فهل تجبر مرة ثانية او لا تجبر اقوال الجبر مطلقا

وعدمه كذلك والتفصيل وهو ان كان يريد تزويجها مرة ثانية قبل البلوغ فله جبرها وان كان يريد ان يزوجها بعد البلوغ فلا يجبرها لانها صارت ثيبا وهذا هو القول الراجح ، وفي وثائق الغرناطي واختلف في جبر سبع الاب في ابنته البكر المعنسة والبكر التي عادت اليه قبل المسيس بموت او طلاق وابنته الثيب بزنى او بالنكاح اذا طلقت قبل البلوغ او مات عنها زوجها والبالغ المولى عليها والسيد في ام ولده وكل من بقيت فيه بقية رق من تدبير او كتابة او عتق الى اجل حاشا المعتق بعضه والوصي في اليتيمة البكر غير البالغ اذا جعل الاب ذلك اليه وقال له زوجها واما ان قال له انت وصي عليها او على بضعها فلا يزوجها إلّا برضاها بعد بلوغها اه وقد تقدم انه اذا زوجها مضى كما استظهره الزرقاني ، وقوله (وكالصحيح ما بعقد فاسد) يعني ان الثيوبة اذا حصلت بنكاح فاسد ثم وقع فسخه او طلاق او موت الزوج فانها تكون مانعة من الجبر على النكاح مرة ثانية ولا تزوج حينئذ إلّا برضاها كما اذا ثيبت بنكاح صحيح لان النكاح الفاسد يدرأ به الحد ويلحق فيه الولد ويلزمها الاعتداد في بيتها كما يلزمها ذلك في النكاح الصحيح وانها قد عرفت ما عرفته من زوجت بنكاح غير فاسد اذ هما في هذه المسئلة سواء ، وقوله

(وان يرشدها الوصي ما أبي * فيها ولاية النكاح كالاب)

يعني ان الوصي اذا رشّد محجورته الثيّب بعد الدخول وتايمت بعد الترشيد فلا تنقطع ولايته عليها في النكاح بل هي باقية له عليها كالاب يرشد ابنته فلا ينقطع نظره عنها في الولاية إلّا اذا كان هناك ابنها فانه يقدم عليه كما يقدم على الوصي ايضا بخلافه قبل الترشيد فان الاب او الوصي يقدمان عليه ، وجملة ما ابي اي ما منع الخ جواب الشرط وحذفت منه الفاء الرابطة على حد قول حسان رضي الله تعلى عنه

من يفعل الحسنات الله يشكرها * والشر بالشر عند الله مثلان

وهو جائز لغة (تنبيه) لايجوز للوصي ان يرشد محجورته إلّا بعد الدخول بها اذ

ليس له ذلك قبله كالاب قال الشيخ خليل وللاب ترشيدها قبل دخولها كالوصي بعده اه واعاد الناظم هاته المسألة في باب الحجر حيث قال

وحيث رشد الوصي من حجر * ولاية النكاح تبقى بالنظر

(ولما) فرغ من بيان النكاح الصحيح بذكر اركانه وشروطه شرع في بيان النكاح الفاسد وهو ما اختل فيه ركن من اركان الصحيح او شرط من شروطه فقال

فصل في فاسد النكاح وما يتعلق به

اي هذا فصل في بيان حكم النكاح اذا وقع فاسدا من فسخ وعدمه وما يترتب عليه من الاثار ككون الفسخ بطلاق او بغير طلاق وهل فيه الارث اذا حصل موت قبل الفسخ ام لا وهل فيه الحد بالوطء ام لا وهل يلحق فيه الولد ام لا وهل يؤثر الشرط اذا وقع في العقد ام لا وقد اشار الناظم الى جميعها فقال

(وفاسد النكاح مهما وقعا * فالفسخ فيه او تلاف شرعا)

يعني ان كل نكاح وقع فاسدا فانه يرجع فيه الى احد امرين اما فسخه واما تلافيه وتداركه بعدم الفسخ واذا اردت معرفة ذلك

(فما فساده يخص عقده * ففسخه قبل البنا وبعده)

يعني ان كل نكاح فاسد لعقده سواء كان فساده متفقا عليه عند الايمة كنكاح المحارم والاصهار ونحوهما من المحرمات المتقدمة في شروط الزوجين او مختلفا فيه كنكاح المحرم بحج او عمرة ونكاح الشغار الاتي بيانه فانه يفسخ ابدا وفيه المسمى بعد البناء

(وما فساده من الصداق * فهو بمهر المثل بعد باق)

يعني ان كل نكاح فاسد لصداقه بان كان بشيء مجهول او الى اجل مجهول او بخمر او خنزير او بعير شارد او عبد ءابق او ثمرة لم يبد صلاحها الى غير ذلك مما تقدم

في شروط الصداق او اشتمال العقد على شرط مؤثر فيه من الشروط الاتية فانه يفسخ قبل البناء ولا شيء لها ويثبت بعده بصداق المثل (فرع مرتب) اذا نكحها بجنين في بطن امه او ءابق او شارد فقبضته فان لم يفت بيدها ردته وان فات في بدن او سوق كان لها وغرمت قيمته وما حصدت من الحب او جذت من الثمرة ردت مكيلته وما هلك من ذلك في يدها ضمنته وان فسخ قاله مالك كذا في الفائق ، وقوله الاتي وذكره هنا اولى

(وفسخ فاسد بلا وفاق * بطلقة تعد في الطلاق)

يعني ان كل نكاح فاسد مختلف في صحته وفساده بين العلماء اذا اريد فسخه فانه يفسخ بطلاق بائن مراعاة لمن يقول بصحته وتقع به الحرمة كما تقع بالنكاح الصحيح سواء حصل تلذذ ام لا فتحرم على ءابائه وعلى ابنائه الى غير ذلك مما تقدم ، وقوله

(ومن يمت قبل وقوع الفسخ * في ذا فما لارثه من نسخ)

يعني ان كل نكاح فاسد مختلف فيه صحة وفسادا اذا مات احد الزوجين قبل وقوع فسخه فانهما يتوارثان كما يتوارثان في النكاح الصحيح وان فساده لا يكون مانعا من الارث ولا ناسخا له بل هو امر لازم ما لم يكن ذلك لحق الورثة في الارث في نكاح المريض فلا ارث ، وقوله

(وفسخ ما الفساد فيه مجمع * عليه من غير طلاق يقع)

هو مفهوم قوله وفسخ فاسد بلا وفاق البيت السابق يعني ان كل نكاح متفق على فساده فانه يفسخ بغير طلاق ولا تقع به الحرمة إلّا اذا حصل وطء اما مجرد العقد فقط فانه لا يؤثر واذا مات احد الزوجين قبل الفسخ فلا ارث لانه كالعدم وقوله

(وتلزم العدة باتفاق * لمبتني بها على الاطلاق)

يعني ان كل نكاح وقع فسخه بعد البناء فان العدة تجب على المراة سواء كان النكاح متفقا على فساده او مختلفا فيه هذا معنى قوله على الاطلاق وقوله

— (وحيث درء الحد يلحق الولد * في كل ما من النكاح قد فسد)

يعني ان كل نكاح متفق على فساده أن وقع فيه درء الحد ودفعه عن الواطيء كنكاح ذات محرم او رضاع غير عالم من عقد عليها حرمتها فانه لا يحد لعدم علمه ويلحق به الولد ومفهومه وهو انه اذا لم يدرأ عنه الحد بان كان يلزمه حيث كان يعلم حرمتها فان الولد لا يلحق به وهو كذلك لان وطأه من الزنى على المشهور كما تقدم (ثم) ان هذا المفهوم مقيد بغير المسائل التي يحد فيها الواطيء ويلحق به الولد فيجتمع فيه الامران الحد والنسب . وذلك فيمن تزوج امرأة واقر انه طلقها ثلاثا وعلم انها لا تحل له إلّا بعد زوج فوطئها واولدها فانه يحد لاقراره بالزنى ويلحق به الولد لحق الله تعلى وحق الولد في ثبوت النسب . او تزوج امراة ثم اقرانها خامسة ووطئها وهو يعلم حرمتها واولدها فانه يحد ويلحق به الولد (او) تزوج امراة فاولدها وهو مقر بانه كان يعلم حرمتها عليه قبل الوطء بنسب او رضاع او صهر ونحوها فانه يحد ويلحق به الولد . او يشتري الرجل امة فيولدها ثم يقر بانها ممن تعتق عليه بمجرد الملك . او يشتري امة فيولدها ثم يقر بانه كان عالما بحرمتها حين الوطء . او كانت عنده امة فاولدها ثم اقرانه كان غصبها من الغير او اشتراها من غاصب وهو يعلم ذلك . او اشترى جاريتين بالخيار في احدهما ثم اقر انه وطيء احداهما بعد ان اختار الاخرى - او اشترى جارية فوطئها فلما طلبه ربها بثمنها انكر الشراء وقال هي عندي وديعة (قال) صاحب التوضيح وليس ذكر هذه المسائل على طريق الحصر بل الضابط فيها ان كل حد يثبت بالاقرار ويسقط بالرجوع فالنسب معه ثابت وكل حد لازم لا يسقط بالرجوع عنه فالنسب معه غير ثابت ولهذا لو ثبت علمه بالتحريم ببينة على اقراره قبل نكاحه لها او وطئه اياها فهو محض زنى لا يلحق به الولد لان الولد انما الحق به فيما ذكر لكون اقراره بالعلم بالتحريم لا يعمل بالنسبة لنفي الولد لاتهامه على قطع نسبه الذي هو حق لله وحق للولد كما مر وانما يعمل بالنسبة لحده ان لم يرجع عن اقراره بخلاف ما اذا ثبت علمه قبل النكاح او الوطء واسرته

البينة فانه لا يلحق به الولد اهـ . وقول الناظم درء الحد مبتدا ومضاف اليه خبره محذوف تقديره ثابت وقوله ما من النكاح الخ فما اسم موصول وجملة قد فسد صلته ومن النكاح بيان لما متعلق بفسد ثم قال

(والتي كان بها استمتاع * صداقها ليس له امتناع)

يعني ان كل من دخل بامراة في النكاح الفاسد الذي يفسخ ولو بعد البناء فان لها صداق امثالها كاملا سمى لها قدرا معلوما او لم يسم لها شيئا ان استمتع بها بالوطء اما ان استمتع بمقدمات الجماع فلا تستحق بها جميع الصداق بل يعطى لها شيء في مقابلة ذلك حليل وتعاض المتلذذ بها . وقوله

(والعقد للنكاح في السر اجتنب * ولو بالاستكتام والفسخ يجب)

يعني ان النكاح اذا وقع على الاستسرار وامر الشهود وغيرهم بكتمانه لا لخوف ظالم او ساحر وهو المعروف عند الفقهاء بنكاح السر فانه يجب اجتنابه لانه ممنوع ويجب فسخه بطلاق بائن لانه مختلف فيه ان وقع . وظاهر كلام الناظم انه يفسخ مطلقا ولو طال بعد الدخول وهو اختيار ابن الحاجب والمشهور عدم فسخه ويعاقب الزوجان والشهود (قال) ابن ناجي العقاب انما يكون بعد الدخول وان لم يحصل فسخ بان طال الزمان . وقال غيره انما يعاقب الزوجان اذا كانا غير مجبرين اما ان كانا مجبرين فالذي يعاقب وليهما كل ذلك مع العمد لا مع الجهل . وقال يحي بن عمر اذا اشهدا عدلين فليس بسر وان امراهما بالكتمان ويؤمر الشهيدان بان لا يكتما وقيل نكاح السر هو ما كان الدخول فيه بدون اشهاد (تنبيه) يجب على الشاهد المالكي ان لا يتحمل شهادة نكاح السر إلّا باذن من حاكم حنفي او شافعي ليرتفع عنه العقاب وقوله

(والبضع بالبضع هو الشغار * وعقده ليس له قرار)

فالبضع بضم الباء كناية عن الفرج بالفرج والوطء بالوطء والشغار بكسر الشين وقد

تفتح وبالغين المعجمتين وهــل هو مشتق من الرفع تقول رفع الكلب رجله ليبول وانما يفعل ذلك عند باوغه وهو موجود في المراة عند الجماع او من الخلو والفراغ تقول بلدة شاغرة اي خالية من اهلها ولذا استعمل في النكاح بغير مهر . وهــل تحريمه متفق عليه او فيه خلاف قولان (قال) الشيخ ابو محمد ولا يجوز نكاح الشغار وهو البضع بالبضع اه قال بعضهم وانما كان ممنوعا لخبر مسلم نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن نكاح الشغار وهو ان يزوج الرجل ابنته على ان يزوجه الاخر ابنته وليس بينهما صداق وهو فاسد وهل فساده لعقده او لصداقه او لهما اقوال وقسمه اهل المذهب ثلاثة اقسام صريح ووجه ومركب منهما فالصريح هو ما ذكره الناظم نحو زوجني ابنتك او وليتك بغير شيء على ان اوزجك ابنتي او اختي بغير شيء فيفسخ بطلاق ابدا ولو ولدت الاولاد هذا معنى قول الناظم وعقده ليس له قرار وللمدخول بها صداق مثلها بالغا ما بلغ ولا شيء لغير المدخول بها في الاقسام الثلاثة . والوجه هو ان يقول زوجني وليتك بمائة على ان ازوجك ابنتي بمائة او بخمسين فيفسخ قبل البناء ويثبت بعده بالاكثر من المسمى وصداق المثل . والمركب منهما نحو زوجني ابنتك بغير شيء على ان ازوجك وليتي بمائة مثلا فالتي لم يسم لها يفسخ نكاحها قبل البناء وبعده ولها صداق المثل بالدخول كالصريح والتي سمي لها يفسخ نكاحها قبل البناء ويثبت بعده بالاكثر من المسمى وصداق المثل كالوجه والله اعلم (تنبيهات الاول) لو زوج كل واحد وليته من الاخر ولم يفهم توافق بينهما على ذلك لا من جهة الشرط ولا من جهة العادة ولا من جهة القرينة بان كان امرا اتفاقيا بحيث لا يتوقف نكاح احداهما على نكاح الاخرى لجاز وخرج عن الشغار قاله ابو عمران ومثله في النفراوي على الرسالة (الثاني) الشغار يكون في المجبرة وغيرها وفي العبيد كالاحرار سواء (الثالث) هل يفسخ نكاح الشغار بطلقة بائنة كما مر وهو المشهور او بغير طلاق وهو مذهب سحنون وعليه اكثر الروات قولان وتظهر ثمرة الخلاف فيمن تزوجها بعد ذلك هل تكون معه على طلقتين فقط اذا كان حرا او تكون معه على الطلاق

كله او طلقها قبل الفسخ هل لها نصف الصداق ام لا او خالعها على شيء هل ترجع بما اعطته له ام لا فاذا قيل بطلاق تاخذ نصف الصداق ولا ترجع بالخلع وبغير طلاق لا شيء لها من الصداق وترجع بما اعطته خلعا (الرابع) لو عقد رجل على من زوجت شغارا ولم يفسخه الزوج ولا حكم حاكم بفسخه فان عقده لا يصح لانها زوجة كما في الزرقاني (الخامس) لو تزوج شخص تزوجا مختلفا فيه وطلق من تزوجها ثلاثا ثم تزوجها قبل زوج فلا يفسخ نكاحه عند ابن القاسم كذا في التوضيح قال الشيخ الاجهوري اي وحينئذ تبقى معه بعصمة جديدة على هذا اه انظر بسط المسئلة فيه كذا في الزرقاني ثم قال

(واجل الكالئ مهما اغفلا * قبل البناء الفسخ فيه اعملا)

يعني ان النكاح اذا لم يتعرض فيه لاجل الكالئ وهو المؤخر من دين الصداق قصدا او غفلة كان تزوجها بمائة ثمانين نقدا وعشرين كالئا لم يذكر له اجل ولم تكن عندهم عادة تحدده فانه يفسخ قبل البناء على المشهور ويثبت بعده بصداق المثل حالا . وقوله اغفلا واعملا مبنيان للنائب والفهما للاطلاق وقوله

(وما ينافي العقد ليس يجعل * شرطا وغيره بطوع يقبل)

يعني ان الشرط الواقع من الزوجين او من احدهما او من وليهما كما مر اذا كان منافيا لعقد النكاح كان لا يقسم لها اولا نفقة لها او ان امرها بيدها تطلق نفسها متى شاءت وكيف شاءت اولا ميراث بينهما او جعل لها نفقة معلومة في كل شهر او نفقة ولدها مدة غير معينة لا يجوز ويفسخ به النكاح قبل البناء بطلقة بائنة ان وقع شيء من ذلك قبل العقد بالتواطيء عليه كما هو الغالب او مع العقد ويثبت بعد البناء بصداق المثل على المشهور وقيل يفسخ ابدا وقيل ان اسقطا شرطهما صح وإلّا فسد وفسخ قبل وبعد . وان كان غير مناف للعقد فتارة يقتضيه وان لم يذكر كشرط ان ينفق عليها او يبيت عندها او نحو ذلك فاشتراطه وعدم اشتراطه سوآء لانه واجب

عليه بالاصالة وتارة لا يقتضيه العقد ولا ينافيه كشرطها عليه ان لا يتزوج عليها او لا يخرجها من بلدها او دارها فهذا يكره الدخول عليه في العقد ولا يلزم حيث كان غير معلق على طلاق ويجوز بعده بلا كراهة وهو معنى قوله بطوع يقبل اي يقبل على الطوع ولا يؤثر في عقد النكاح شيئا سواء كان من المكروه او من الجائز . وفي خاتمة التزامات الحطاب من الفصل الثاني الشروط في النكاح على ثلاثة اقسام (القسم الاول) ما يقتضيه العقد كشرطه ان ينفق على الزوجة او يقسم لها او لا يؤثر عليها وذلك جائز لا يوقع في العقد خللا ولا يكره اشتراطه ويحكم به سواء شرط او ترك فوجوده وعدمه سواء (القسم الثاني) ما يكون مناقضا لمقتضى العقد كشرطه على المرأة ان لا يقسم لها او ان يؤثر عليها او لا يعطيها ولدها او على ان امرها بيدها متى شاءت او على ان الطلاق بيد غير الزوج فهذا القسم لا يجوز اشتراطه في عقد النكاح ويفسد به النكاح ان شرط فيه ثم اختلف في ذلك فقيل يفسخ النكاح قبل الدخول وبعده وقيل يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده ويسقط الشرط وهذا هو المشهور . وقيل ان اسقط مشترط الشرط شرطه صح النكاح وان تمسك به فسخ (القسم الثالث) ما لا يقتضيه العقد ولا ينافيه وللزوجة فيه غرض كشرطه ان لا يتزوج عليها او ان لا يتسرى او ان لا يخرجها من بلدها او بيتها او ان لا يغيب عنها فهذا النوع لا يفسد به النكاح ولا يقتضي فسخه لا قبل الدخول ولا بعده فان اشترط الزوج شيئا من ذلك في العقد او بعده فلا يخلو اما ان يعلقه بطلاق او عتق او تمليك او لا فان علقه لزمه ذلك كقوله ان تزوجت عليها فهي طالق او فالزوجة طالق او فامرها بيدها وسواء اشترطت ذلك في عقد النكاح او تطوع به الزوج . وان لم يعلق ذلك بطلاق ولا عتق ولا تمليك فالشرط مكروه ولا يلزم ويستحب له الوفاء بذلك اه (فرع) اذا اختلف الزوجان في الشرطية والطوعية والمعية والبعدية فالقول لمن ادعى الشرطية او القبلية او المعية لعرف الناس اليوم قال ناظم العمل

والشرط في النكاح محمول على * انه في اصل العقود جعلا

وقـال الشيخ الزقـاق في نظم ما جرى به العمـل

وشـرط نـكاح ان نزاع بطوعـه * جرى مطلقا فاحمل على الشرط واعدلا

فقوله مطلقا قال التاودي اي ابهم الموثق او كتب طوعـا كان ذلك عند عقد النكاح او قرب فاحمل على الشرط . وقال التسولي ما كان في العقد لا يوصف بطواعية حقيقة بل مجازا لان المراة تابى من العقد حتى يلتزم الزوج الشروط وما كان كذلك ليس بطوع . وقال الونشريسي في المنهج الفائق وقول الموثقين بعد انعقاد النكاح او البيع تطوع فلان بكذا حشو لا معنى له (ثم) قال التسولي ولا تتحقق البعدية حتى يطول ما بين العقدين طولا بينا كالشهر ونحوه وقال في موضع ءاخر من شرحه على التحفة كاربعة اشهر فحينئذ تثبت الطوعية وتنتفي الشرطية (ثم قال) الونشريسي متى ضاق على الموثق المجال ركن الى الطوع مصورا في صورة الجائز ما لا يجوز في الحقيقة حتى قيل التطوع حمار الموثقين لان كثيرا ما يركبه ويلوذ به في تحصين ما يكتبه اه وقد نبه الجزيري على امتاع الزوجة او وليها للزوج بالسكنى وما في كتبه على الطوع وارادة الامضاء والضمائر على الشرط منعقدة وانها تقوم مقـام الشرط الصريح عند العلماء اه (فـرع) من تزوج امرأة على انه ان لم يات بالصداق الى اجل كذا وإلّا فلا نكاح بينهما وجاء به قبل الاجل او عنده فسخ قبل البناء وثبت بعده بالمسمى واما ان اتى به بعد انقضاء الاجل او لم يات به اصلا فيفسخ قبل البناء وبعده وقيل النكاح ثابت والشرط باطل وقيل النكاح ثابت والشرط لازم كذا في المتيطية (فـرع) اذا وقع النكاح على شرط الخيار فان كان ذلك في المجلس وما قرب منه بعد الافتراق جاز قال ابن راشد قال ابن القاسم ان شرطا مشورة فـلان في الشيء القليـل وهو حاضر البلد ياتيانه من فورهما جاز وان كان الخيـار لهما او لاحدهما اليوم واليومين والثلاثة فهو ممنوع لانهما لو ماتا قبل الخيار لم يتوارثا فيفسخ قبل البناء ويثبت بعده ولها المسمى اه (فـر ع) اذا اشترطت الزوجة النفقة على والد زوجها فـلا يخلو الزوج اما ان يكون صغيرا او كبيرا رشيدا او في حجر ابيه فان كان كبيرا غير مولى

عليه فسخ النكاح قبل البناء لانه امر مجهول وان كان مولى عليه او صغيرا فقال مالك يفسخ قبل البناء ويثبت بعده ويبطل الشرط وتكون النفقة على الزوج وقال ايضا يجوز لانه المطلوب بالنفقة الى ان يبلغ الصغير ويرشد الكبير فصار كالضامن لها فان مات قبل ذلك لم يلزمهم في ثلثه ولا في راس ماله شيء قاله ابن راشد في فائقه (تنبيه) قد تقدم ان الزوجة اذا شرطت على الزوج نفقة ولدها بدون اجل كان ذلك مفسدا للنكاح وعليه فان للزوج الرجوع على المراة بما انفق على ولدها بالشرط من ابتدائها الى حين فسخ النكاح او تصحيحه بمهر المثل قاله الحطاب في التزاماته (فرع) قال في المعيار (وسئل) ابن زرب عمن شرط لزوجته نفقة ولدها من غيره اجلا معلوما (فاجاب) بانه لا يجوز (واجاب) ابو بكر بن عبد الرحمان بان ذلك جائز فان مات الولد رجع ذلك الى امه لانه من صداقها اه وما قاله ابن عبد الرحمان هو المعول عليه وبه الفتوى (فرع) اذا التزم الزوج لزوجته نفقة اولادها على ان يستغل ما يكون لاولادها من المال مدة الزوجية جاز اذا كان فائد المال المستغل يسيرا بحيث يرى ان الغرض المقصود انما هو التبرع بالنفقة على وجه الاحسان للزوجة ويكون فائد المال لا يبلغ إلّا بعض النفقة ووجه التخفيف في مثل هذا ان الملتزم للنفقة كانه انما تبرع بما تزيد النفقة على فائد المال اذا كانت الزيادة ظاهرة بينة اما اذا كان المقصود المكايسة والانتفاع من الجهتين فلا خفاء في المنع قاله ابن لب (فرع) قال احمد بن يحيى الونشريسي في المنهج الفائق قد نص ابن رشد في النوازل على ان المراة ليس لها ان تسقط عن زوجها من الشروط إلّا ما لا يتعلق به حق لغيرهما كما اذا جعل لها ان تطلق نفسها ان تزوج عليها او يكون طلاق المتزوجة بيدها في هذا وشبهه ينتفع الزوج باسقاطها الشرط اما اذا تعلق بالشرط حق لغيرهما فلا كما اذا كان الشرط ان الداخلة عليها بنكاح طالق فهذا لا تسقط الزوجة حكمه لانه تعلق به حق لله تعلى اه (فرع) ذكر الزرقاني عند قول الشيخ خليل وجاز شرط ان لا يضر بها الخ ما نصه ولو شرط للزوجة في العقد انها مصدقة في الضرر بغير

يمين فروى سحنون اخاف ان يفسخ النكاح قبل البناء فان دخل مضى ولا يقبل قولها إلّا ببينة على الضرر وحكي عن ابن دحون انه كان يفتي بان ذلك لا يلزم ولا يجوز إلّا ببينة ولا اختلاف انه اذا لم يكن مشترطا في اصل العقد انه جائز اه قال الامير في حاشيته عليه قوله اخاف ان يفسخ لانه يؤثر خللا في الصداق ولانها قد تطلق بالضرر فيكون من ناحية شرط ان الطلاق لها والعصمة بيدها عكس المشروع اه وهو ظاهر لا خفاء فيه وعليه فلا يعول على غيره (خاتمة) ذكر ابو عبد الله احمد بن علي الفاسي في شرحه على الزقاقية الاصلية (قاعدتين) الاولى هل ورد حكم بين حكمين ام لا فاثبته المالكية وهو من اصولهم ونفاه الشافعية ويعمل به عند من اثبته في بعض صور تعارض الادلة ولا ترجيح (قال) ابن رشد روى ان عبد الوارث بن سعيد قال قدمت مكة فوجدت بها ابا حنيفة وابن ابي ليلى وابن شبرمة فقلت لابي حنيفة ما تقول في رجل باع بيعا واشترط شيئا فقال البيع باطل والشرط باطل ثم اتيت ابن ابي ليلى فسالته فقال البيع جائز والشرط باطل ثم اتيت ابن شبرمة فسالته فقال البيع جائز والشرط جائز (فقلت) سبحان الله ثلاثة من فقهاء العراق اختلفوا في مسالة واحدة فاتيت ابا حنيفة فاخبرته فقال لا ادري ما قالا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط ثم اتيت ابن ابي ليلى فاخبرته فقال لا ادري ما قالا قالت عائشة رضي الله عنها امرني رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اشتري بريرة واعتقها وان اشترط اهلها الولاء فان الولاء لمن اعتق البيع جائز والشرط باطل ثم اتيت ابن شبرمة فاخبرته فقال لا ادري ما قالا قال جابر بن عبد الله بعت من النبيء صلى الله عليه وسلم ناقة وشرط لي حلابها وظهرها اي ركوبها الى المدينة البيع جائز والشرط جائز (فعرف) مالك رحمه الله الاحاديث كلها فاستعملها في مواضعها وتاولها على وجوهها ولم يمعن غيره النظر ولا احسن تاويل الاثر اه (قلت) وفي ذلك قول ابن غازي

بيع الشروط الحنفي حرمه * وجائز سوغ لابن شبرمة

وفصلت لابن ابي ليلي الامه * ومالك الى الثلاث قسمه

فانهما قد يبطلان معا على مذهب مالك كبيع وشرط يناقض المقصود كشرط ان لا يبيع مثلا وقد يصحان معا كبيع بشرط رهن او حميل وقد يصح البيع ويبطل الشرط كالبيع بشرط عدم القيام بالجائحة وما قيل في البيع يقال في غيره من بقية عقود المعاوضاة كالنكاح والاجارة والمساقاة ثم قال (القاعدة الثانية) هل اشتراط ما يوجب الحكم خلافه مما لا يقتضي فسادا يعتبر ام لا وعليه اشتراط الرجعة في الخلع فقيل بائن للعوض وشرطه لا ينفعه وهو مذهب المدونة وقيل رجعية للشرط ، ومن اشترط ان لا رجوع له في الوصية فهل له الرجوع ام لا قولان ابن ناجي الذي به العمل الرجوع ، ومن اشترط الاعتصار في الصدقة او التزم عدمه في الهبة فهل يعمل بشرطه ام لا قولان ، ومن اشترط الضمان فيما لا يغاب عليه من العواري والرهان ونفي الضمان فيما يغاب عليه منهما ففي اعمال الشرط وعدم اعماله قولان المشهور في جميعها عدم اللزوم (قال) الونشريسي في ايضاح المسالك تنبيه نص الفقهاء رضي الله تعلى عنهم على ان التزام ما يخالف سنة العقود شرعا من ضمان وعدمه ساقط على المشهور كالوديعة على الضمان والاكتراء كذلك اه فهاتان قاعدتان جليلتان من قواعد المذهب فشد يدك عليهما ولا تجعل الشروط كلها من باب واحد ثم قال الناظم

(ويفسد النكاح بالامتاع في * عقدته وهو على الطوع اقتفي)

يعني ان النكاح اذا وقع في عقدته امتاع فانه يفسد ، والامتاع هو اعطاء الزوجة او ابيها شيئا للزوج كسكنى دار او استغلال ارض فاذا وقع في العقد فان النكاح يفسخ قبل البناء ويثبت بعده بصداق المثل ويبطل الامتاع وان كان بعد العقد جاز وهو محمول على الطوع عند الناظم تبعا لغيره لكن الذي عليه العمل انه محمول على الشرط ولو كتب على الطوع كما تقدم عند قوله وما ينافي العقد البيت وانما يكون مفسدا للنكاح اذا كان على وجه الشرطية لان ما يبذل من الصداق بعضه في مقابلة ذلك وهو مجهول لانه يستغل الى الموت او الفراق ولا يدري متى يكون وقد يستغرق

ذلك الصداق كله فيبقى البضع عاريا عنه قاله المازري وان كان ذلك لمدة محدودة باجل منع ايضا لانها اجارة ونكاح والجمع بينهما ممنوع على المشهور فان طاعت له بشيء من ذلك بعد العقد كما مر فلا باس (تنبيه) قال التسولي اذا عثر على ذلك بعد البناء وطالت المدة فانها ترجع عليه بقيمة ما استغل بعد ان ترد لمهر مثلها على انه لا امتناع في نكاحها والغالب ان مهر المثل حينئذ اقل من المسمى لان المسمى يرتفع للامتناع المذكور اه وقوله

ft. 58/59 S

فصل في مسائل من النكاح

اي هذا فصل في بيان مسائل متفرقة من لواحق النكاح وقوله

(والعبد والمراة حيث وصيا * وعقدا على صبي امضيا)

يعني ان العبد او المراة اذا وصي على صبي ذكر وكذا على سفيه وعقد له النكاح فانه يمضي حيث كان نظرا كما مر (ففي) طرر ابن عات واما العبد والمراة يزوجان بنيهما وبني من اوصي بهم اليهما الذكران اه ومفهوم قوله على صبي ان العبد والمراة الوصيين على صبية لا يصح عقدهما عليها وهو كذلك بل يوكلان من توفرت فيه شروط الولاية يعقد عليها كما تقدم عند قوله والمراة الوصي ليست تعقد ، إلّا بتقديم امرإ يعتمد ، وقوله

(والاب لا يقضي اتساع حاله * تجهيزه لابنته من ماله)

يعني ان الاب اذا كان غنيا وزوج ابنته البكر او الثيب التي في حجره وتحت ولاية نظره لا يلزمه ان يجهزها بشيء زائد على صداقها من ماله وانما يلزمه ان يجهزها بما قبضه عينا من صادقها خاصة ، وسياتي انه يستحب تجهيزها بمالها من غير الصداق فان نازع الزوج في ذلك وطلب الزيادة وقال انما بذلت الفا مثلا ليجهزها ابوها بالف

اخرى من ماله وامتنع ابوها من ذلك فان كان قبل البناء خير الزوج في تجهيزهـا بالصداق فقط او يفارق ولا شيء عليه وان كان بعد البناء حط عنه ما زادة لاجل الجهاز ويكون لها صداق المثل حيث لم تكن بينهم عادة في ذلك فان اعتاد الناس الزيادة على الصداق فانه يقال لابي الزوجة اما ان تشورهـا بشورة امثالها وإلّا خير الزوج بين الرضى بدون زيادة وبين الحلف ويفسخ النكاح عن نفسه ولا شيء عليه إلّا طلقة واحدة هذا كله في غير الرشيدة اما الرشيدة فحكمها في قـــــــوله

(وبسوى الصداق ليس يلزم * تجهـز الثيـب مـن يحكـم)

يعني ان الثيب الرشيدة لا يلزمها القاضي ان تتجهز باكثر من صداقها الـذي قبضته عينا حيث لم يكن عرف بالزيادة بل انما تتجهز بصداقها فقط وسياتي ان تجهيزهـا بغير صداقها حيث كانت غنية مستحب فان كان صداقها غير عين بان كان دارا او حيوانا او عرضا فلا يلزمها بيعه والتجهز به خلافا لما في المتيطية وحينئذ يجب على الزوج ان ياتيها بما تحتاج اليه من غطاء ووطاء وكسوة حيث لم تكن عادتهم ان الاب ياتي بمثل ذلك او هي التي تاتي بلوازمها ان لم يكن لها اب وإلّا فالحكم على ما جرت به العادة ، وما درج عليه الناظم من كون الزوجة او وليها يلزمها ان تتجهز بصداقها هو المشهور من قول مالك واصحابه وقيل لا يلزمها ذلك لان الصداق ثمن لما باعت وللبائع ان يحبس الثمن لنفسه ولا مقال للمشتري فيه ، وقيل انها تمسك ربع دينار لئلا يخلو البضع عن عوض ، وفي ابن راشد دليل المشهور ما روي ان رسـول الله صلى الله عليه وسلم اخذ صداق فاطمة فصرفه في جهازها ، وحيث وجب عليها التجهز بنقدها على المشهور فانها تمنع ان تنفق منه إلّا ان تكون محتاجة فتاكل منه وتكتسي بالمعروف ولا تقضي منه دينها القديم بخلاف الدين الحادث فانه يجوز لها ان تقضي منه الشيء الخفيف كالدينار قاله ابن حارث وقيل لها ان تقضي دينها واضعافه وهو اصح كما في الفائق وبالاول العمل ، وقوله وبسوى الصداق متعلق بتجهز بضم الهاء وهو بالنصب

مفعول يلزم بضم اوله من الزم الرباعي ومن فاعل يلزم مؤخر عن المفعول وجملة يحكم بضم اوله وفتح الكاف مشددة صلة من الموصولة الواقعة على القاضي الحاكم في النازلة لا محل لها من الاعراب وقوله

(واشهر القولين ان تجهزا * لـه بكالئ لها قد حوزا)

يعني ان اجل الكالئ اذا حل على الزوج قبل البناء وقبضته قبل الدخول فاشهر القولين ان تتجهز به لزوما لانه صار من جملة النقد الذي يلزمها التجهز به والمشهور المقابل للاشهر لا يلزمها ذلك ، وقوله تجهزا يجوز فيه فتح التاء والها وحذفت منه احدى التاءين تخفيفا ولاقامة الوزن اذ اصله تتجهز ويجوز فيه ضم التاء وكسر الهاء ومفعوله محذوف اي نفسها فالاول قاصر والثاني متعد والفه على كل حال للاطلاق وقوله

(وللوصي ينبغي وللاب * تشويرها بمالها والثيب)

يعني انه يستحب للاب وللوصي تشوير البكر بمالها غير الصداق لما لها في ذلك من الحضوة وزيادة الرغبة كما يستحب للثيب الرشيدة ذلك بخلاف السفيهة فان حكمها حكم البكر كما مر ، وقوله بمالها بكسر اللام وقوله والثيب بالجر عطف على وللوصي ثم قال

(وزائد في المهر بعد العقد لا * يسقط عمن زاده ان دخلا)

(ونصفه يحق بالطلاق * من قبل الابتناء كالصداق)

(وموته للمنع منه مقتضي * فانه كهبة لم تقبض)

يعني ان من تزوج امراة على صداق سماه لها ثم بعد تمام العقد زادها شيئا من المال على المسمى فان دخل بها لزمته تلك الزيادة كلها طلق او لم يطلق مات او لم يمت وان طلقها قبل البناء لزمه نصفها مع نصف الصداق وان مات او فاس قبل البناء سقطت تلك الزيادة لانها كهبة لم تقبض ، وقال الابهري القياس ان تجب لها بالموت

لان حكمها ان كان حكم المهر فتجب لها بالموت وان كان حكمها حكم الهبة وجب ان لا يجب لها نصفها بالطلاق قبل الدخول لتاخير القبض ولما وجب لها نصفها بالطلاق دل على ان حكمها حكم الصداق وانما هي كالهبة بعد البيع حكمها حكم الثمن اه وهو كلام حسن للغاية • وفهم من قول الناظم ان الزيادة التي زادها التزم بها في ذمته ولم يدفعها لها او لوليها وإلّا فهو قوله الاتي

وكل ما يرسله الزوج الى * زوجته من الثياب والحلى
فان يكن هدية سماها * فلا يسوغ اخذه اياها

فلو قدم الناظم تلك الابيات الاتية هنا ليكون الكلام مرتبطا بعضه ببعض لكان اولى • وقوله يحق بكسر الحاء وضمها من حق بمعنى ثبت ووجب ومن قبل الابتناء متعلق بالطلاق وللمنع متعلق بمقتضي وقوله

(وان اتى الضمان في المهر على * اطلاقه فالحمل صح مجملا)

يعني ان من زوج غيره كابنه او اخيه او خديمه او صديقه وضمن عنه الصداق في نفس العقد ضمانا مجملا لم يبين فيه هل هو على الحمل فلا يرجع او على الحمالة فيرجع كسائر انواع الضمان فانه يحمل على الحمل لا الحمالة وصح مع اجماله لانه من المعروف وحينئذ فلا رجوع له بما اداه كما لو صرح بالحمل فان صرح بالحمالة رجع عليه كما اذا ضمنه بعد العقد فالصور ست لان الضمان اما في العقد او بعده وفي كل واحد منهما اما ان يصرح بالحمل او بالحمالة او يبهم فان صرح بالحمالة في العقد او صرح بها او ابهم بعده رجع وان صرح بالحمل او ابهم في العقد او صرح به بعده لم يرجع فالرجوع في ثلاث وعدمه في ثلاث (قال) ابن راشد اذا حمل الصداق حامل اب او اخ او اجنبي لزمه ولا رجوع له به على الزوج لان ذلك بمعنى الصلة وليس ذلك كحمالة الديون فان مات الحامل قبل دفع الصداق فلا يخلو الحمل اما ان يكون في نفس العقد وقبل استقرار المهر في ذمة الزوج او بعد العقد وبعد استقراره في ذمة الزوج فان كان في نفس العقد وقبل استقرار المهر في ذمة الزوج فللزوجة اخذه

من تركته من راس المال ولا يحاسب الورثة الزوج به ان كان وارثا وتحاصص به الغرماء فان لم يترك شيئا فلا شيء لها على الزوج إلّا ان يكون لم يدخل فلا يكون له سبيل عليها إلّا بدفع صداقها ، وان كان الحمل بعد استقرار المهر في ذمة الزوج ففي بطلانه بالموت قولان لابن القاسم وابن الماجشون ، وفي كتاب الحمالة اذا قال ما لك قبل فلان فانا به كفيل فمات قائل ذلك قبل ان يوخذ من ذمته فانه يؤخذ من تركته وعلى قولها هنا يكون للزوجة اخذه من تركة الحامل ان خلف وفاء قال الشيخ ابو الحسن فان لم يخلف وفاء وكان الحمل بغير رضاها فانه يبقى على الزوج وان كانت رضيت ان تتحول بحقها في ذمة الحامل لم يكن لها حبس نفسها وكان له ان يدخل بها إلّا ان يكون الصداق مؤجلا فلا يبرأ الزوج لان الحوالة بما لا يحل اي من الديون فاسدة (تنبيه) اذا كان الحامل حين الحمل مريضا نظر فان كان اجنبيا او قريبا ممن لا يرثه الزوج ولا الزوجة نفذ الحمل من ثلثه وان كان ممن يرثه احدهما بطل ان كان الحامل اب الزوج قولا واحدا واختلف في النكاح فقال مالك لا يعجبني يريد ويفسخ وقال مرة هو جائز قال ابن القاسم وينظر له وصيه بعد موته فان رءاه غبطة له دفع عنه الصداق من ماله وإلّا فسخه عنه ولو صح الاب ثبت النكاح والضمان ولو كان الابن كبيرا فان شاء ود الصداق وبنى على اهله وان شاء فسخه (فرع) اذا وقع نزاع في الضمان فقال الحامل اباكان او غيره انما اردت الحمالة او قال ذلك ورثته وقالت الزوجة او المحمول عنه اردت الحمل ولم تذكر البينة تفسير ذلك فقيل هو على الحمل كما تقدم لان العرف جار في ضمان الصدقات على الحمل حتى يشترط غيره وقيل على الحمالة حتى يشترط الحمل والصحيح الاول وهذا انما يكون لعادة اقتضته وإلّا فالاصل وحده الرجوع اذا ادعاه الملتزم ويحلف ان اتهم على ذلك اهـ ، وقول الناظم على اطلاقه متعلق بمحذوف حال من المهر ومجملا اسم مفعول حال من الضمان وجملة فالحمل صح مجملا جواب ان ولهذا قرن بالفاء ثم قال

(ونحلة ليس لها افتقار * الى حيازة وذا المختار)

يعني ان ما يعطيه والد احد الزوجين لولده من المال في عقد نكاحه وينعقد النكاح عليه يسمى نحلة بكسر النون وضمها وهي لازمة للناحل في ماله وذمته يؤخذ بها في حياته ومن تركته بعد موته ولا تفتقر الى حيازة لانها اشبهت البيع فلم تكن هبة محضة حتى تفتقر الى حيازة ، وقيل لابد فيها من الحيازة والاول هو المشهور المعمول به واليه اشار الناظم بقوله وذا المختار (فرع) لا شفعة في النحلة على ما به العمل لانها لم تكن بيعا محضا (فائدة) عقود التبرعات النحلة التي ذكرها الناظم هنا والهبة والصدقة والحبس والعرية بفتح العين وكسر الراء وتشديد الياء وهي هبة الثمرة ، والمنحة وهي هبة لبن الشاة ، والهدية وهي معروفة ، والاسكان وهو هبة منافع الدار مدة من الزمان كسنة . والعمرى وهي تمليك المنفعة مدة عمره ، والعارية وهي تمليك منافع الدابة ونحوها بغير عوض ، والارفاق وهو اعطاء منافع العقار للجار ليغرز في جداره خشبة مثلا او طريق او فضل ماء ليسقي زرعه ، والعدة وهي اخبار عن انشاء المخبر معروفا في المستقبل ، والاخدام وهو اعطاء منفعة خادم غلاما كان او جارية ، والصلة وهو معروفة بين الاقارب ، والحباء بالكسر والمد العطاء الذي يعطيه الزوج لولي الزوجة عند العقد او قبله فهذه كلها من انواع العطية وكلها تفتقر الى حيازة ما عدى النحلة (قال) ابن سهل عقود التبرعات الصدقة والهبة والحبس والعمرى والارفاق والصلة ومنه اقطاع الامام والاخدام والاسكان والنحلة والعارية والهدية والمنحة والعرية والاعتلال والعطية والحبا والرهن وهو آكدها اهـ وقوله

(وينفذ المنحول للصغير مع * اخيه في الشياع ان موت وقع)

يعني ان من نحل ولده الكبير في عقد نكاحه ونحل معه ولده الصغير املاكا مشتركة بينهما ثم مات الاب قبل بلوغ الصبي نفذ لهما جميع ذلك وقيل تبطل حصة الصغير ان مات الناحل قبل حيازة الكبير لجميعها لان حصة الصغير محض هبة والقول الاول هو المختار وبه الفتوى لان عقد النكاح في بعضها كالحيازة في جميعها وقوله

(ومع طلاق قبل الابتناء * تثبت والفسخ مع البناء)

(والخلف فيها مع وقوع الفسخ في * تناكح قبل البناء فاعرف)

يعني ان النكاح اذا انعقد على نحلة ثم طلق الزوج قبل البناء واولى بعده او وقع فسخ بعد البناء فان النحلة ثابتة للمنحول وان فسخ النكاح قبل البناء فخلاف قيل للناحل وقيل للمنحول وبه العمل . وقوله ومع بسكون العين متعلق بقوله تثبت وفي تثبت ضمير يعود على النحلة والفسخ بالجر عطف على طلاق وقوله فاعرف مفعوله محذوف اي ذلك الحكم المذكور وهو الخلاف في المسئلة ثم قال

فصل في تداعي الزوجين وما يلحق به

اي هذا فصل في بيان تنازع الزوجين وترافعهما لدى القاضي وما يلحق بذلك كتراضيهما على بقاء الزوجية بينهما بعد التحالف وكون الفسخ بطلاق . واعلم وفقني الله واياك لطاعته ان تنازع الزوجين اما في اصل الزوجية ولم يذكره الناظم واشار اليه الشيخ خليل بقوله اذا تنازعا في الزوجية ثبتت ببينة ولو بالسماع بالدف والدخان وإلّا فلا يمين ولو اقام المدعي شاهدا وحلفت معه وورثت الخ وقد نظمت كلامه هذا ببعض زيادة من الزرقاني فقلت

ومن يقم عن منكر الزوجيه * كلف بالشهادة المرضيه
ولو بسمع بكدف واشتهر * حتى بدا لمن نشا كمن حضر
ان يكن السمع من العدول * وغيرهم والعقد بالتفصيل
وان يكن قيامه مجردا * فلا يمين مطلقا وعضدا
ولو اقام شاهدا لا تقتضي * إلّا بموت وبه جرى القضا
وبعده يثبت الارث بالحلف * دون صداقها الذي لها وصف

وقولي والعقد بالتفصيل اشارة الى ما في البناني وهو ان بينة السماع لا بد ان تكون مفصلة كبينة القطع بان تقول سمى لها كذا نقد كذا واجل كذا وعقد لها وليها فلان كما في عبارة المتيطي التي نقلها الحطاب فلا يكفي الاجمال اه وهو انها كما في غيره ان يقول الشهود لم نزل نسمع من اهل العدل وغيرهم ان فلانا تزوج فلانة بصداق سماه لها قدره كذا الخ زوجها له بذلك وليها فلان الخ وهي في هاته الصورة كشهادة القطع كما في المسناوي وغيره قالوا ولهذا لم يشترط فيها طول الزمان كشهادة السماع المتقدمة في بابها التي لم يشترطوا فيها التفصيل المذكور ولا يكون كلامه هنا مشكل مع قوله المتقدم وفسخ ان دخلا بلاه ولا حد ان فشا الخ وذلك حيث لم يحصل تفصيل في الشهادة فارتفع الاشكال قاله المسناوي وقولي فلا يمين مطلقا اي سواء كانا حاضرين بلديين او طاريين وقيل تتوجه اليمين في الطاريين والمعروف من المذهب الاول واليه الاشارة بقولي وعضد (فرع) سئل محمد بن بشير قاضي قرطبة عن رجل ادعى انه تزوج امرأة وانكرت التزويج وزعمت انها كانت عنده اجيرة فغلبها على نفسها واحبلها فولدت وزعم انه تزوجها تزويج صحة ولم يكن الولد إلّا لرشدة اي من حلال لا من زناء وليس لواحد منهما مثبت بما ادعى (فقال) ان كان الرجل لا يعرف بمثل ما رمته به المرأة وكانت في يديه متقادمة ويذكر انها امرأته وان لم يشهد على اصل ذلك فليس عليه بينة والقول له وان كان على غير ذلك استوني في امره وكشف وسئل حتى يقع الحكم اه من الدر النثير (واما) في قدر المهر او صفته او نوعه وقد اشار الى الاول بقوله

(الزوج والزوجة مهما اختلفا * في قدر مهر والنكاح عرفا)

يعني ان الزوجين اذا اختلفا في قدر المهر والنكاح معروف بينهما ثابت ففيه تفصيل اشار اليه بقوله

(فان يكن ذلك من قبل البنا * فالقول للزوجة قد تعينا)

(مع اليمين ان تكن لم تحجر * وعاقد يحجرها بها حري)

(وبعد ذا يحلف زوج انكرا * ثم يكون بعدها مخيرا)

(في دفع ما كان عليه القسم * او الفراق دون شيء يلزم)

(وان تراضيا على النكاح * ففي الاصح الرفع للجناح)

(وفي انفساخ حيث يفقد الرضى * بطلقة واحدة جرى القضا)

(وتاخذ الزوجة مع نكوله * ما يقتضيه الحلف في حلوله)

(والحكم في نكول كل منهما * بما به بعد اليمين حكما)

(وقيل بل نكوله مصدق * لما ادعته زوجة محقق)

حاصل فقه المسئلة التي اشتملت عليها الابيات التسعة ان الزوجين اذا كان اختلافهما قبل البناء في قدر المهر بان قال هو مائة مثلا وقالت بل مائتان فالقول قول الزوجة بيمينها ان كانت رشيدة فان كانت محجورة فاليمين على حاجرها لانه هو الذي تولى العقد وقد فرط بعدم الاشهاد فان نكل غرم للزوجة الزائد على ما قال الزوج ثم اذا حلفت الرشيدة او الحاجر على المائتين في المثال المذكور حلف الزوج المنكر لدعواها انه انما تزوج بمائة ثم يكون مخيرا بعد يمينه فاما ان يدفع ما حلفت عليه او حلف عليه حاجرها وهو المائتان او يطلق ولا شيء عليه، وما درج عليه الناظم من ان الزوج يخير بعد يمينه ضعيف والمعتمد ما في المدونة وهو انه يخير الزوج اذا حلفت الزوجة بين ان يدفع ما قالت او يحلف ويفسخ النكاح . وظاهر قوله فان يكن ذلك من قبل البناء ولو بعد طلاق او موت وليس كذلك بل القول قول الزوج كما اذا وقع الاختلاف بعد البناء كما سياتي ولهذا اصلح ولده السعيد الشطر الاول من البيت الثاني بقوله ان كان ذا قبل الفراق والبنا . ويقول مكان البيت الرابع

ثم يكون زوجها مخيرا * في دفعه المهر الذي قد انكرا
او اليمين واذا ما يقسم * كان الفراق دون شيء يلزم

ثم يزيد بيتا يكون نصه

او كان بعد موتها او فرقته * فالقول قول الزوج دون زوجته

وبهذا لم ينقص شيئا عما في المدونة ثم يقول وان تراضيا على النكاح الخ قال التسولي لكن الذي زاده الشارح هو قول المصنف الاتي والقول قول الزوج فيما عينا الخ فوجه توركه ولده عليه انه اسقط منه الفراق كما اسقطه هنا اهـ . (ثم) اذا حلفا معا على ما درج عليه الناظم او على مذهب المدونة ثم تراضيا على البقاء فان رجع احدهما لقول الاخر بعد الحلف وقبل الحكم بفسخه فلهما ذلك بدون جناح ولا اثم بناء على ان النكاح لا ينفسخ بتمام التحالف وقيل ينفسخ بتمام التحالف كاللعان والاول ارجح . وتظهر ثمرة الخلاف فيمن مات بعد تمام التحالف وقبل الفسخ بحكم حاكم او طلق ثلاثا فعلى الاول يتوارثان وتطلق عليه ثلاثا لا ميراث ولا طلاق قاله ابن راشد في فآئقه والله اعلم بالصواب . وان لم يرجع احدهما لقول الاخر بعد الحلف فالذي جرى به العمل والقضاء انه يفسخ بطلقة واحدة وقيل يفسخ بلا طلاق هذا حكم ما اذا حلفا معا فان حلفت الزوجة الرشيدة او ولي المحجورة ونكل الزوج عن اليمين اخذت الزوجة ما يقتضيه حلفها او حلف حاجرها وهو المائتان في المثال المفروض وبقيت زوجة فان نكلا معا خير الزوج في دفع ما ادعته او الفراق دون شيء يلزمه وهو معنى قوله بما به بعد اليمين حكما ومقابل الاصح ان نكوله مصدق ومحقق لما ادعته الزوجة وهو معنى قوله وقيل بل نكوله مصدق الخ وانما يكون النكول هنا ليس تصديقا للناكل الاول وهو الزوجة لان اليمين توجهت عليهما معا لا على احدهما وبدات الزوجة لانها كالبائعة فجانبها اقوى على القول المشهور وقيل تبدئة الزوج واستحسن الشيخ ابو الحسن ان يقترعا (وقول) الناظم يحجرها بضم الجيم وقوله والحلف بفتح الحاء وسكون اللام وقوله مخيرا بفتح الياء اسم مفعول (وذلك) كله

اذا اشبهت دعواهما او لم يشبه واحد منهما فان انفرد احدهما بالشبه دون الاخر فقد اشار اليه الناظم بقولـــــــه

(وحيثما ادعي ما قد ينكر * تـردد الامام فيـه يؤثر)

(فقال يحلفان والنكاح * بينهما الفسخ لـه يتـاح)

(وجعل القول لمن جاء بما * يشبه وارتضاه بعض العلما)

يعني ان احـد الزوجين اذا ادعى على الاخر بما يستنكر من الصداق في القلة والكثرة عادة وادعى الاخر ما يشبه ولا يستنكر فان الامام مالكا رضي الله تعلى عنه تردد قوله في ذلك فقال مرة يتحالفان ويفسخ النكاح بينهما وقال مرة القول قول مـن ادعى منهما ما يشبه كسآئر ابواب الفقه واختاره اللخمي قال الشيخ ابو الحسن وهـذا اصوب لان ذلك دليل كالشاهد يحلف معه من قام له ذلك الدليل واليه اشار الناظم بقوله وارتضاه بعض العلماء، وقوله تردد بالرفع على انه مبتدا وجملة يوثر بضم اوله وفتح ما قبل اخره معناه يروى خبره والنكاح مبتدا اول والفسخ مبتدأثان وبينهمـا متعلق به وجملة يتاح خبر المبتدا الثاني والجملة من الثاني وخبره خبر المبتـدا الاول وله متعلق بالفسخ وضميره المجرور هو الرابط بينهما ويتاح بالتاء المثنات فوق بعد التحتانية المثناة معناه يتيسر ويسهل وفي بعض النسخ يباح بالبـاء من الاباحـة بمعنى الجواز اي والنكاح يسهل او يجوز فسخه بعد الحلف وقولـــــــه

(والنوع والوصف اذا ما اختلفا * فيه للاختلاف في القدر اقتفـا)

يعني أن الزوجين اذا اختلفا في نوع الصداق او وصفه قبل البناء كان يقـول الزوج بجارية وتقول الزوجة بالف درهم وقيمتهما متساوية او اتفقا على النوع واختلفا في الصفة كان يقول بجارية سوداء وتقول بجارية بيضاء فان الحكم في ذلك يتبع الحكم في الاختلاف في القدر نصا سوا وقوله للاختلاف مفعول مقدم باقتفى ولامه زائـدة

لتقوية العامل لتاخره عنه وفي القدر يتعلق بالاختلاف ومعنى اقتفى اتبع ثم قـــال

(والقول قول الزوج فيما عينا * من قدر لا مع حلفه بعد البنا)

(وتحلف الزوجة ان لم يحلف * وتقتضي ماعينت بالحلف)

قد تقدم الكلام على حكم الاختلاف بين الزوجين في القدر قبل البنا اتبعه بالكلام هنا على اختلافهما في القدر بعد البناء وهو تصريح بمفهوم قوله السابق فان يكن ذلك من قبل البنا وكذا الاختلاف بعد موت او طلاق كما مر فاخبر في هذين البيتين ان الزوجين اذا اختلفا في قدر الصداق بعد البناء فان القول في ذلك قول الزوج مع يمينه لانها مكنته من نفسها فصارت مدعية وهو مقر لها بدين وان نكل حلفت الزوجة واخذت ما حلفت عليه هذا هو المشهور من مذهب مالك واصحابه وقال ابن حبيب يتحالفان مع بقاء العصمة ويثبت لها صداق المثل . وقيل ان اختلفا في الصفة فما قاله ابن حبيب وان اختلفا في القدر فكالمشهور ولا ينظر للشبه هنا والله اعلم (ولما) قدم الكلام على حكم الاختلاف في النوع قبل البناء اتبعه بالكلام على الاختلاف فيه بعد البناء فقـــال

(وان هما تخالفا في نوع ما * اصدق ما كان فحلفا الزما)

(وفي الاصح يثبت النكاح * ومهر مثلها لها مباح)

يعني ان الزوجين اذا اختلفا في نوع الصداق كما مر مثاله وكان ذلك بعد البناء بدليل قوله في البيت قبله مع حلفه بعد البناء وكذا الفراق كان مما يشبه اولا فانهما يلزمان بالحلف ونكولهما كحلفهما ويقضى للحالف على الناكل كما تقدم وفي ثبوت النكاح بعد الحلف وهو الاصح وفسخه قولان وعلى كل من القولين يباح لها مهر مثلها ما لم يزد على دعواها والا اعطيت ما ادعته فقط ولم ينقص عن دعواه والا لزمه ما اعترف به . وقوله ما كان فما نكرة خبر كان مقدم والتقدير وان هما تخالفا يعني بعد بناء او

فراق في نوع الصداق ايـا كان مما يكون صداقا للنساء عادة كالدراهم والثياب او لا كالخشب والحديد وقوله فحلفا هو بفتح الحاء وسكون اللام مفعول ثان بالزمـا ومفعوله الاول نائب فاعل الذي هو ضمير المثنى وقولـه

فصل في الاختلاف في القبض

اي في بيان المرافعة التي تقع بين الزوجين لدى القاضي في شان اختلافهمـا في قبض نقد الصداق او كالئه واعلم ان اختلافهما في ذلك تارة يكون قبل البناء وتارة يكون بعده والى الاول اشار الناظم بقولـه

(وان هما قبل البناء اختلفـا * في القبض للنقد الذي قد وصفا)

(فالقـول للزوجـة واليمين * او للذي في حجره تكون)

يعني ان الزوجين اذا اختلفـا في قبض النقد من الصداق وهو ما كان مشروطـا على الزوج بالحلول فلما طلبته الزوجة به ادعى انه دفعه لهـا وانكرت ذلك فـان القول قولها بيمينها ان كانت رشيدة او مع يمين حاجرهـا ان كانت محجورة فان حلفت الرشيدة او حلف ولي المحجورة استحقت ما وقـع عليه الحلف وإلّا حلـف الزوج وبرئ فان نكل غرم واشار الى الثاني بقولـه

(والقول قول الزوج بعد ما بنى * ويدعي الدفع لها قبـل البنـا)

(وهو لها فيما ادعى من بعد ان * بنى بها والعرف رعيه حسن)

يعني ان الزوجين اذا اختلفا بعد البناء في دفع الحال من الصداق قبله فان القول قول الزوج مع يمينه بشروط اربعة (احدها) ان يدعي دفعه قبل البناء والیه اشار الناظم بقوله ، ويدعي الدفع لها قبل البناء ، فان ادعى دفعه لها بعد البناء كان القول قولهـا واليه اشار الناظم بقوله ، وهو لها فيما ادعى من بعد ان ، بنى بها (ثانيها) ان

لا يتاخر قبض الحال منه عن البناء عرفا وهو معنى قولـه (والعرف رعيه حسن) (ثالثها) ان لا يكون بيدها رهن فيه (رابعها) ان لا يكون الحال مكتوبا في حجة فان توفرت هاته الشروط كان القول قول الزوج بيمينه وان اختل شرط منها كان القول قولها بيمينها ولو كان مكتوبا بكتاب وقيل بلا يمين اذا كان بكتاب واقتصر عليه الزرقاني وليس بظاهر لانه يؤدي الى نفي يمين المنكر ، وزاد بعض الموثقين قيدا ءاخر وهو اذا عقد في الصداق انه لا يبرئه منه بناؤه عليها ولا طول مقامها معه فانه ان ادعى بعد ذلك الدفع اليها او الى وليها قبل البناء او بعده لم يقبل قوله وكان كسائر الديون الخ ولعله تفسير للشرط الرابع تامل (تنبيه)جعل في المدونة ورثة كل واحد من الزوجين قائما مقامه وسواء ماتا معا او احدهما قال فيها وان قال ورثة الزوج في المدخول بها قد دفعه او قالوا لا علم لنا فلا شيء عليهم فان ادعى ورثتها العلم حلفوا انهم لا يعلمون ان الزوج لم يدفعه ولا يمين على غائب ومن يعلم انه لا علم عنده اه بهرام في كبيره (فرع) قال ابن راشد اذا قامت البينة على اقرار الاب او الوصي بقبض الصداق ثم ادعى انه لم يقبض وقال ظننت به الخير فلذلك اشهدت له بالقبض ففي تحليفه له ثلاثة اقوال (احدها) انه يحلف قاله في الموازية وبه قال اصبغ وابن حارث وابن لبابة قالوا لان ذلك مما يجري بين الناس (ثانيها) انه لا يمين عليه حكاه ابن حبيب عن مالك واصحابه قال ابن حبيب إلَّا ان ياتي الاب بسبب يدل على ما ادعى وتقع على الزوج تهمة فيحلف ونحوه لابن عبد الحكم قال ولو جاز له تحليفه لما كان للوثائق معنى (ثالثها) التفرقة فان قام على قرب كالعشرة ايام ونحوها حلف وان قام على بعد فلا يمين عليه وبه جرى العمل اه (ثم) قال الناظم

(والقول واليمين للذي ابتنا * في دفعه الكالئي قبل الابتنا)

(ان كان قد حل وفي الذي يحل * بعد بنائها لها القول جعل)

- (ثم لها امتناعها ان يدخلا * او تقبض الحائن مما اجلا)

يعني ان الزوج اذا بنى بزوجته ثم طلبته بالكالئي فادعى انه دفعه لها او لحاجرها قبل البناء وانكرت ذلك فان كان الكالئي قد حل عليه قبل البناء وادعى دفعه قبله ولم يكن مكتوبا عليه بحجة وانه لا يتاخر قبضه عن البناء عرفا وليس بيدها رهن فيه الشروط المتقدمة فان القول قوله بيمينه وإلّا فالقول قولها مع اليمين كما مر فان لم يحل الكالئي إلّا بعد البناء كان القول قولها بيمينها على كل حال (ثم) ان لم يكن قد دخل بها وحل اجل الكالئي او بعضه وطلبها بالدخول فلها منع نفسها منه حتى تقبضه لانه صار من جملة الحال فقوله الحائن اسم فاعل من حان اذا وصل حينه اي الحال واولى النقد بالاصالة فان لم تمنع نفسها من الدخول بل مكنته منه فلها منع نفسها من الوطء بعده حتى تقبضه فان مكنته من الوطء قبل القبض فليس لها حينئذ منع نفسها بعد ذلك لانه صار دينا في ذمته لا تطالق عليه به ان اعسر (تنبيه) ان استحق من يدها ما كان اعطاه لها من الصداق فلها منع نفسها منه ولو بعد الوطء لانها تقول مكنته من نفسي ليدوم لي ما قبضته منه فاذا دفع لها بدل ما استحق من يدها فلا كلام لها . وقول الناظم ثم لها امتناعها البيت لو زاد بيتا قبله وبيتا بعده تتميما للفائدة بان يقول .

والزوج بالزوجة يطلب البنا * وهي معيقة المسيس مكنا
ثم لها امتناعها ان تدخلا * او تقبض الحائن مما اجلا
وبعد قبضها الصداق تمهل * ان طلبت بقدر ما تجمل

لكان افيد . وقوله يحل بكسر الحاء وتقبض بكسر الباء من قبض كضرب (فروع) (الاول) اذا قبضت الزوجة الصداق وادعت تلفه وهي في العصمة فهل عليها غرمه حيث طلب منها الزوج ذلك ليشتري به جهازا اولا فقال ابن الماجشون ليس عليها ذلك لانه مالها لاحق له فيه فاذا قالت سرق وحلفت لم تضمن مالها وانما حلفها

للشبهة وقيل عليها ان تجهز بمثله اذا لم تقم لها بينة بذلك واختار الشيخ ابو الحسن الاول قال لان اصل استمتاع الزوج مكارمة (الثاني) اذا اشترت به ما لا يصلح لجهازها ثم تلف فمصيبة منها (الثالث) اذا طلقها قبل الدخول فادعت تلفه وخالفها الزوج في ذلك فان القول قولها فيما لايغاب عليه كالبعير والجارية وتحلف ما لم تكن قرينة تكذبها واما ما يغاب عليه من عين ونحوها فلا براءة لها من نصفه إلّا ان تقوم لها بينة بتلفه (الرابع) اذا قامت امراة تطالب صداقها بعد اعوام من وفاة زوجها ففي احكام ابن سهل اذا كانت التركة لم تقسم لم يضرها سكوتها وتحلف إلّا ان يكون الورثة بنيها فلا يمين عليها لان الابن لا يحلف اباه فان قسمت تركته وهي حاضرة تنظر ثم قامت بعد ذلك فلا شيء لها إلّا لعذر يمنعها من القيام بان يكون لمن اقتسموا التركة سلطان ونحوه فتكون على حقها وان طال الزمان كالدين في جميع ما ذكر (الخامس) اذا قام رجل يطلب كالئي ابنته بعد وفاة زوجها فقال ابن لبابة يحلف ابوها انه ما قبض لها من زوجها في حياته ولا من احد بعد وفاته شيئا من كالئها وانه لباق عليه الى حين يمينه وقد تقدم ما يقرب من هذا (السادس) اذا طلب الزوج ابا زوجته بالنقد بعد البناء وادعى انه جهزها به كان القول قوله بيمينه لتعلق حق الزوج به ما لم يتبين كذبه في تناكرهما قرب البناء ودخولها على الزوج بغير شيء (السابع) اذا ادعى الوصي انه جهز محجورته بنقدها فلا ينبغي ان يكون كالاب في ذلك لانه مامور بالاشهاد فاذا ضيعه فقد لزمه الغرم وكذلك غيره من الاولياء فلا براءة مما ابتاعه لها بنقدها من الجهاز إلّا بايراده بيت البناء ويوجه لها مع شهادة البينة بخلاف الاب لانه لما كان العرف جاريا بانه يجهز ابنته بصداقها بغير اشهاد كان القول قوله مع يمينه كما مر (الثامن) اذا طلب ابو البنت زوج ابنته بدفع ما حل عليه من كالئها بعد البناء بها ويجعله تحت يده لها الى رشدها فان وافقته ابنته على طلبه كان له ذلك وان خالفته وارادت ابقاءه تحت يد زوجها لتحسين المعاشرة بينهما لم يكن له ذلك ما لم يخف عليه من الفلس كذا في نوازل البرزلي ، وقوله

فصل فيما يهديه الزوج ثم يقع الطلاق

اي هذا فصل في بيان المراقعة فيما يهديه بضم اوله اي يسوقه الزوج لزوجته ويرسله لها على وجه الهدية او العارية او المقاصة به من صداقها او هبة الثواب ثم يقع الفراق بينهما وقد الم الناظم بجميعها فقال

(وكل ما يرسله الزوج الى * زوجته من الثياب والحلى)

(فان تكن هدية سماها * فلا يسوغ اخذه اياها)

(إلَّا بفسخ قبل ان يبتنيا * فانه مستخلص ما بقيا)

(وان يكن عارية واشهدا * من قبل سرا فله ما وجدا)

(ومدع ارسالها كي تحتسب * من مهرها الحلف عليه قد وجب)

(ثم لها الخيار في صرف وفي * امساكها من الصداق فاعرف)

(ومدعي الارسال للثواب * شاهده العرف بلا ارتياب)

الابيات السبعة يعني ان ما يرسله الزوج لزوجته من الثياب والحلي وغيرهما قبل البناء ثم يقع الفراق بينهما فيريد الزوج اخذه من يدها فهل له ذلك ام لا فيه تفصيل وهو ان يكن سمى ما ارسله اليها هدية فلا يجوز له ارتجاعه من يدها إلَّا ان يقع فسخ النكاح بينهما قبل البناء فله استرجاع ما بقي بيدها دون ما ضاع منه فلا تطالب به وحاصل كلام الفقهاء في هذه المسئلة كما في حاشية ابن رجال ان من اهدى هدية قبل البناء وطلق قبله او بعده فلا رجوع له مطلقا وان كانت قائمة لانه طلق باختياره ولا خلاف في ذلك وان طلق عليه لعدم الانفاق فكذلك على الراجح وهو قول ابن القاسم وان فسخ قبل البناء فياخذ القائم منها على الراجح وان فسخ بعد البناء

فقد فاتت كالطلاق وان كانت الهدية بعد الدخول والطول فلا رجوع فيهما وان لم يطل فله اخذ هديته وهذا كله في الهدية المتطوع بها ولم تشترط ولا جرى عرف بها فان اشترطت كانت كالصداق في جميع الاحوال وان جرى بها عرف فاجراها ابن حبيب كذلك على القول الذي يقول يقضى بها فتتنصف بالطلاق قبل الموت وتكمل به وابطلها مالك في الموت والطلاق وعلى قول من لا يقضى بها فهي كالمتطوع بها من غير شرط اه ، وان سمى ما ارسله اليها عارية واشهد بها سرا فله استخلاص ما وجد منها في الطلاق والفسخ وبقاء العصمة ان لم تعلم المرأة او اولياؤها بالعارية وإلّا ضمنتها كما لو اشهد علانية ، وان ادعى انه ارسله اليها ليقاصصها به من الصداق ونازعته الزوجة في ذلك حلف على دعواه وخيرت الزوجة بين صرف ما ارسله الزوج اليها ورده له او تحبس ذلك بيدها وتحسبه من المهر كما قال الزوج ، وان سمى ذلك هبة ثواب لتعطيه شيئا في مقابلته وخالفته في ذلك رجع امرهما للعرف فمن شهد له العرف حكم له القاضي به فان لم يكن عرف فهو محمول على الهبة التي لغير ثواب لقصد المكارمة ، وقوله ومدع ارسالها قال ابو البقاء الشيخ يعيش الشاوي الاولى ارساله بتذكير الضمير كالباقي ولهذا قررت كلام الناظم بالتذكير ويجاب عنه بانه لما نظر الى اعتقاد الزوجة والظاهر عند الناس انث الضمير على تقدير انها هدية ، وقوله ومدعي الارسال مضاف ومضاف اليه وقوله

(وشرط كسوة من المحظور * للزوج في العقد على المشهور)

يعني ان شرط الزوج على الزوجة كسوة له في عقد النكاح ممنوع على القول المشهور لاجتماعه مع البيع او لان الكسوة قد تساوي ما اعطى الزوج من المهر فيخلو البضع عن العوض كما مر عند قوله ويفسد النكاح بالامتاع الخ فان وقع ذلك فسخ قبل البناء وثبت بعده بصداق المثل ولو كان فيما اعطى الرجل فضل كثير على ما اعطته المراة سدا للذرائع فيخشى ان صح الامر من هذين ان لا يصح من غيرهما ، وفهم من قوله

وشرط كسوة الخ ان كان طوعا بعد العقد جاز وهو كذلك اتفاقا لكن الذي جرى به العمل هو القول بالجواز ولو مع الشرط او جرت بها العادة فيقضى بها . وقوله وشرط كسوة من المحظور بالظاء المشالة مبتدا وخبر وللزوج وفي العقد يتعلقان بالشرط الذي هو مصدر وعلى المشهور يتعلق بما تعلق به الخبر (فرع) سئل صاحب المعيار عن الرجل يعطي للمرأة ما تفتدي به من زوجها او اعطاه هو من يده لزوجها بامرها على ان يتزوجها او كان ينفق عليها في العدة او في غير العدة على ذلك ثم لم يكن بينهما نكاح اما منها او منه او انعقد بينهما النكاح ولم يبق إلّا توكيل الولي او اعطاء الزوج للشهود ويشبع لها ما جرت العادة بتشبيعه في ليلة العقد ثم طال الامر ولم يقع اشهاد على الولي ثم انها بدا لها هل يلزمها في هذه الوجوه شيء مما خسر الزوج او لا وهل يرد الشهود الاجر لان النكاح لم يتم ام لا وهل يسوغ للشاهد ان يطلب اجارة اخرى اذا ارادوا تكميله ام لا (فاجاب) ان للرجل الرجوع بما انفق على المراة المذكورة او بما اعطى في اختلاعها اذا جاء التعذر والامتناع من قبلها لان الذي من اجله اعطى ماله لم يثبت له واذا كان التعذر من قبله فلا رجوع له عليها ولا على الشهود لان التمكين كالاستيفاء وليس للشاهد ان يطلب المتخاطبين باجرة اخرى عند تمام الامر بينهما والله سبحانه وتعلى اعلم وبه التوفيق ثم قال

﴿ فصل في الاختلاف في الشوار المورد بيت البناء ﴾

قال في القاموس الشوار مثلثة متاع البيت . واعلم ان هذا الاختلاف ليس بين الزوجين كما هو ظاهر السياق بل هو بين الزوجة ووليها فيما اشترى لها من الثياب وغيرها من انواع الشوار فيدعي الولي ان ما زاد على نقدها له لا لها وتخالفه في ذلك فتارة تكون دعواه مجردة عن البينة وتارة تكون مع البينة وقد اشار الناظم الى الاول منهما بقوله

(و للاب ان اورد بيت من بني * ببنته البكر شوار الابتنا)

(وقام يدعي اعارة لما * زاد على نقد اليه سلما)

(فالقول قوله بغير بينه * ما لم يطل بعد البنا فوق السنه)

يعني ان الاب او من تنزل منزلته لا غيرهما ولوّ اما ان اوصل الشوار الذي اشتراه بالنقد الذي سلم اليه من ثياب وحلي وغيرهما لبيت بناء ابنته البكر وكذا الثيب التي تحت حجره وحازته ثم قام وادعى عارية بعض ما اورده مما زاده على نقدها فان القول قوله في عارية ذلك بيمينه لشبهة حق الزوج ان حلف ابوها اذا لم تجر العادة بالزيادة او لم يطل الزمن فوق السنة من يوم البناء فان كانت العادة جارية بالزيادة او طال الزمن فوق السنة فلا يقبل قوله إلّا ان يكون قد اشهد كما ياتي وظاهره قبول قوله في السنة سواء كانت البنت حية او ميتة وهو كذلك كما في شراح المتن وفهم من قوله ان اورد ان الايراد ثابت ببينة او اقرار فان لم يثبت وانكرت ذلك حلفت وبرئت وفهم من قوله لما زاد ان دعواه العارية في قدر نقدها او اقل لا تقبل وهو كذلك إلّا اذا علم ان اصل ما جهزها به له فيحلف وياخذه ويطلب بالوفاء وقوله سلما بضم اوله وكسر ثانيه مشددا . واشار الى الثاني بقوله

(وان يكن بما اعار اشهدا * قبل الدخول فله ما وجدا)

يعني ان الاب او من تنزل منزلته اذا اشهد بالعارية قبل الدخول او بعده وقبل مضي السنة فله اخذ ما وجد من تلك العارية واما الذي لم يجده ففيه تفصيل ياتي وسواء قرب الزمان او بعد كانت المراة رشيدة او غير رشيدة مقرة كانت او منكرة ولا فرق حينئذ بين اب وغيره من الاولياء لان المعتبر وجود الاشهاد وقد حصل (تنبيه) قال الزرقاني فان اشهد ولو قبل مضي السنة قبل قوله بعدها ولو مع بعد لكن ان اشهد بها قبل البناء فبغير يمين وبعده وقبل مضي السنة فبيمين (فائدة)

هذه احدى المسائل التي حدت بالسنة ، ومنها عهدة السنة ، والعبد الابق يحبس سنة ، واللقطة يعرف بها سنة ، والمعترض يؤجل سنة ، واليتيمة تقيم عند زوجها سنة ثم ترشد ، والدار تباع بشرط سكناها سنة فاقل لا اكثر ، والرجل يهب لابنه دار سكناه يخليها سنة ، والحكم في الجرح بعد البرء سنة ، والمراة تقيم على زوجها شاهدا بالطلاق والعبد على سيده بالعتق فينكلان عن اليمين فيسجنان سنة ، والقاتل عمدا اذا عفي عنه يضرب مائة ويحبس سنة ، والبكر الزاني يغرب سنة ، والزكاة لا تكون إلّا بعد سنة ، والمحضون يبقى عند امه لا يطلبه ابوه سنة تبقى على حضانتها ، والشفيع تسقط شفعته اذا سكت بدون عذر سنة اه من نوازل العلمي ، ثم صرح الناظم بمفهوم الاب ومن تنزل منزلته ومفهوم البكر ومن تنزل منزلتها فقال

(وفي سوى البكر ومن غير اب * قبول قول دون اشهاد ابي) 435

يعني ان الاب ومن تنزل منزلته لا تقبل دعواه العاريه في غير البكر والثيب التي تحت حجره كما لا تقبل دعوى غير الاب او الوصي من بقية الاولياء العارية لوليتهم بكرا كانت او ثيبا رشيدة كانت او سفيهة إلّا باشهاد قبل البناء فان حصل اشهاد بالعارية قبله قبل قولهم ولو بعد طول ، وقوله وفي سوى البكر متعلق بابي بضم اوله يعني منع (ثم) اشار الى حكم الضمان وعدمه فيما تلف من العارية فقال

(ولا ضمان في سوى ما اتلفت * مالكة لامرها العلم اقتفت) 436

يعني ان العارية التي تثبت للولي بالشروط المتقدمة اذا تلفت كلها او تلف بعضها فلا ضمان على المرأة فيما تلف منها بوجه من الوجوه إلّا في وجه واحد وهو اذا اتلفته هي بنفسها وكانت رشيدة عالمة بالعارية فان تلف بغير سببها وقامت لها بينة بذلك او كانت غير عالمة بالعارية فلا ضمان عليها ايضا في التلف ، وقوله العلم بالنصب على انه مفعول مقدم باقتفت وجملة اقتفت صفة لمالكة وقوله اتلفت اي اهلكت ويقال تلف على وزن فرح هلك وقوله

فصل في الاختلاف في متاع البيت

اي هذا فصل في بيان الترافع الذي يقع بين الزوجين في الاختلاف في متاع البيت وسواء كان الزوجان حرين او عبدين او مختلفين مسلمين كانا او كافرين او كان الزوج مسلما والزوجة كافرة كتابية وسواء كانت الزوجية بينهما باقية او افترقا ثم ان الحق تارة يثبت للزوج وتارة يثبت للزوجة وقد شرع الناظم في بيان ذلك فقال

(وان متاع البيت فيه اختلفا * ولم تقم بينة فتقتفى)

(فالقول قول الزوج مع يمين * فيما به يليق كالسكين)

(وما يليق بالنساء كالحلي * فهو لزوجة اذا ما تأتلي)

(وان يكن لاق بكل منهما * مثل الرقيق حلفا واقتسما)

(ومالك بذاك للزوج قضى * مع اليمين وبقوله القضا)

(وهو لمن يحلف مع نكول * صاحبه من غير ما تفصيل)

الابيات الستة يعني ان الزوجين اذا اختلفا في متاع البيت ولم تقم لواحد منهما بينة تصدقه في دعواه فتتبع وجب الرجوع في امرهما الى شهادة العرف ويحمل اهل كل بلد او بادية في ذلك على عرفهم فما علم ان الرجال ياتون به ويليق بهم كالسكين والكتب ونحوهما فهو لهم مع اليمين (قلت) ما ابعدها دعوى في مثل هذا ، وما علم ان النساء ياتين به ويليق بهن وذلك كالحلي لا تلبسه إلّا المراة خاصة فهو لهن مع اليمين ، وقال سحنون لا يمين فيهما والمشهور ما درج عليه الناظم ومنشأ الخلاف مبني على قاعدة وهي هل العرف كشاهد واحد او كشاهدين خلاف فمن قال ان العرف كالشاهد الواحد الزمه اليمين ومن قال كالشاهدين نفاها عنه (قال) المشاور وان كانت الزوجة معاومة بالفقر لم يكن القول قولها إلّا في قدر صداقها ، وان كان

المتنازع فيه يصلح للرجال والنسآء عادة كالعبد والأمة والخاتم سواء كان ذهبا او فضة فقال المغيرة وابن وهب هو بينهما بعد ايمانهما واستحسنه ابو الحسن وقال مالك وجمهور اصحابه هو للرجل مع يمينه لان البيت بيته وهو المشهور وبه القضاء كما قال الناظم وحيث كان القول لمن يشهد له العرف مع يمينه على القول المشهور المعمول به فان نكل عنها من توجهت عليه وحلف الاخر قضي له به من غير تفصيل في ذلك بينهما لان نكول من توجهت عليه اليمين كالشاهد عليه فيحلف معه الاخر ويستحق فان نكل عن اليمين ايضا قضي به للناكل الاول على القاعدة المتقدمة (فروع) الاول اذا اختلفا في رقبة الدار فالقول قول الزوج لانه الحائز لها (الثاني) قال ابن راشد قال بعض المفتيين في الرجل يخرج الى سفر او غزو فتموت زوجته بعده فيوجد في تابوتها اي خزانتها مثلا من بين ثيابها دراهم مصرورة فيدعيها الزوج وينكر ورثة المرأة ان البينة على الزوج (الثالث) اذا ابتاع الرجل كسوة لزينتها ثم تموت فيزيد اخذها قال في الطرر ليس له ذلك وهي موروثة عنها وكذلك في الطلاق قاله بعض الشيوخ وبه العمل (الرابع) ورثة كل من الزوجين مثلهما إلّا ان الزوجين كانا يحلفان على البت والوارث على العلم اه من الفائق وقول الناظم وان متاع البيت الخ ان شرطية ومتاع البيت مبتدا وجملة اختلفا فيه خبر ودخلت ان على الجملة الاسمية بناء على مذهب من يرى جواز ذلك وجملة فالقول قول الزوج من المبتدا والخبر جواب الشرط وبه يتعلق بيليق والحلي بضم الحاء وقد تكسر مع كسر اللام جمع حلي كثدي ، وقوله اذا ما تاتلي ما زائدة وتاتلي معناه تحلف ومثل الرقيق منصوب على الحال من ضمير لاق او مرفوع على انه خبر لمبتدا محذوف اي وذلك مثل الرقيق واعراب الباقي ظاهر ثم قال

68/69 B

فصل في اثبات الضرر والقيام به وبعث الحكمين

اي هذا فصل في بيان الحكم الذي يترتب على اثبات ضرر احد الزوجين بصاحبه والقيام

به بعد الطلاق لرد الخلع او قبله عند الحاكم وبعث الحكمين المذكورين في القرءان العظيم اذا اشكل على الحاكم امرهما ، واعلم ان المراة اذا ادعت ان زوجها اضر بها فلا يخلو اما ان يكون لها شرط في الضرر او لا فان كان لها فيه شرط كلفها القاضي اثبات شرطها وزوجيتها وسال زوجها عما ادعت به عليه من اضراره بها فان اقر سقط عنها مؤنة الاثبات ويقع الحكم عليه بالفراق بعد الاعذار اليه ان طلبت فراقه وان انكر دعواها الضرر كلفها القاضي اثبات ما ادعته ، ولاثباته امران احدهما الشهادة على القطع على مذهب اصبغ المعمول به ، والاخر الشهادة بالسماع الفاشي واليهما اشار الناظم بقوله

(ويثبت الاضرار بالشهود * او بسماع شاع في الوجود)

يعني ان اضرار الزوج بزوجته اذا قامت به عليه وانكره فانه يثبت عليه اما بشهادة شاهدين عدلين فاكثر يشهدان بالقطع لمجاورتهم للزوجين او قرابتهم منهما يشهدان بمعرفة الزوجين فلان وفلان معرفة تامة وان فلانا المذكور اضر بزوجته المذكورة في نفسها او في مالها او فيهما معا ومسيء اليها ومتكرر بالاضرار عليها بضرب او شتم او عدم كلام او تحويل وجهه عنها في غير حق او تجويع الى غير ذلك مما هو ضرر شرعي من غير ذنب تستوجب به ذلك وما علموا انه اقلع عن ذلك ولا انتقل عنه الى حين ايقاعهم لشهادتهم وما علموا مع ذلك ان عصمة النكاح انقطعت بينهما حتى الان ، واما بشهادة السماع ووجه السماع في ذلك ان يكون فاشيا مستفيضا على السنة اللفيف من النساء والخدم والجيران ان فلانا مضر بزوجته فلانة بكذا ويشهدون مع ذلك بان الزوجية لم تنقطع بينهما الى الان فاذا ثبت الضرر باحد هذين الامرين المذكورين اعذر القاضي الى الزوج في الشهود واجله بثلاثين يوما منها التلوم كما تقدم في الاجال فان انقضى الاجل واتى بشيء ينفعه فذالك وبقيت دعواها مجردة وان لم يات بشيء وطلبت الزوجة احضاره لتتميم نازلتها احضره القاضي واعلمه

بانصرام الاجل والتلوم وساله هل اتى بشيء مما ادعاه فاقر انه لم يات بشيء مما تاجل لاجله يوجب له نظرا وبان له عجزه فعجزه وقضى بتعجيزه بعد الاعذار اليه بابقيت لك حجة وعرض القاضي على الزوجة فلانة المذكورة الصبر عليه لما لها في ذلك من الاجر والثواب فامتنعت منه . واشهدت انها طلقت نفسها منه بشرطهـا الثابت عنده طلقة واحدة اولى بعد البناء ملكت بها امر نفسها بمحضر من يشهد ويضع اسمه عقب هذا الرسم من الشهداء ممن شاهـد التعجيز المذكور وسمع الطـلاق الموصوف المسطور واشهده القاضي فلان المترافـع لديه وفقه الله ودامت نعمه عليه اشهادا تامـا على حكمه بذلك وانفاذه له وذلك في تاريخ كذا (قـال) ابن راشد انما ملكت امر نفسها بالطـلاق المذكور لان التطليق بالضرر بائن وان اوقعت واحدة حـكاه ابن الهندي وابن العطار وبه الفتوى وقـال ابن القطان هي رجعية وهو غلط لانها ان كانت رجعية فلا تنتفع المراة بها ويمضي اثباتها وعناؤها باطلا قاله ابن الطلاع وقـال ليس عند مالك في طلاق السلطان ما هو رجعي إلّا الطلاق على المولى والمعسر بالنفقة والتطليق بالضرر خارج عن الوجهين فان اوقعت الثلاث فله مناكرتهـا (فرع) اذا مكنته الزوجة من نفسها طوعا بعد قيامها عليه بالضرر لم يكن لها قيام بالشرط فان انكرت دعواه ذلك حلفت واخذت بشرطها فـان نكلت حلف وسقط قيامها ولو اقرت وادعت الجهل لم ينفعها ذلك وسقط قيامها وهذه من المسائـل التي لا يعذر فيها بالجهل اه (تنبيه) لا يشترط في شهادة السماع هنا طول الزمان ولا النقـل عن الثقات على القول المشهور ولا تجوز شهادة النساء وحدهن لان الطلاق من معاني الحدود فلا تجوز فيه شهادة النساء (قلت مقتضى) هذا التعليـل اشتراط النقل عن الثقاة وغيرهم فيكون القول المقابل اسلم والله اعلم . وان الاجمال في شهادة الضرر لا يجوز بل لا بد فيها من بيان وجه الضرر كما مر اذ ليس من الاضرار بالزوجة منعها من الحمام والنزهة وتاديبها عن ترك الصلاة وكلام الفاحشة والخروج بلا اذن ونحو ذلك من الامور التي تستوجب بها الادب حتى بالضرب فالناس معادن فمنهم من

لا يصلحه إلّا الضرب الوجيع كالحديد ومنهم من لا يصلحه إلّا الرفق كالياقوت وقوله

(وان تكن قد خالعت واثبتت * اضرارا ففي اختلاع رجعت)

(وباليمين النص في المدونه * وقال قوم ما اليمين بينه)

يعني ان الزوجة اذا خالعت زوجها بمال او اسقاط حضانتها مثلا ثم قامت على الزوج وارادت الرجوع بما خالعته به عند القاضي وقالت انما خالعته إلّا لضرر لحقها منه فلما احضره القاضي انكر دعواها الضرر وانها خالعته على طيب نفس منها فكلفها القاضي عند ذلك اثبات دعواها فاثبتتها بشهادة القطع او السماع كما مر وعجز الزوج عن الطعن فيها فحينئذ يحكم لها القاضي بالرجوع في الخلع بعد يمينها انها لم تخالعه إلّا لاجل اضراره بها كما نسبه الناظم للمدونة واعترض بان المدونة ليس فيها النص عن اليمين وانما هو في غيرها ، وقال بعض العلماء لا تلزم هذه اليمين لعدم بيان وجهها وبه عمل تونس ولا يضرها ترك الاسترعاء في ذلك (قال) بعض العلماء انما يكون لها الرجوع بما خالعت به اذا اثبتت الضرر اذا لم يكن الموضع التي هي به تمشي فيه الاحكام الشرعية اما اذا كانت بموضع تقام فيه الاحكام الشرعية ولم تقم بالضرر وخالعت فان خلعها ماض لان عدم قيامها وسكوتها يعد رضى منها بذلك ذكره عظوم في برنامج الشوارد والطلاق ماض على كل حال وقوله

(كذا اذا عدل بالاضرار شهد * فالرد للخلع مع الحلف اعتمد)

(لان ذاك راجع للمال * وفرقة تمضي بكل حال)

يعني ان المختلعة لما كان لها الرجوع على الزوج بالخلع اذا اثبتت الضرر بشهادة عدلين بالقطع او بشهادة السماع كذلك يكون لها الرجوع بالخلع اذا اثبتت الضرر بشهادة عدل واحد او امراتين لكن مع اليمين لان النزاع في المال وهو يثبت بشهادة عدل واحد او امراتين مع اليمين وعلى هذا اذا كان الخلع على اسقاط الحضانة فلا ترجع

لها لانها ليست مالا ولا ءايلة اليه واما الطلاق فهو ماض على كل حال رد المال او لم يرد قال الشيخ خليل ورد المال بشهادة سماع على الضرر وبيمينها مع شاهد او امراتين اه (تنبيه) اذا اثبتت الزوجة الضرر ورجعت على زوجها بالخلع وكان الزوج قد اخذ عنها حميلا بما تحملت به او دفعته له وتدرك له به الحميل فهل تسقط الحمالة ايضا عن الحميل وبه العمل او لا تسقط قولان قد تقدم حكم الضرر الذي اشترطته الزوجة على الزوج في عقد نكاحها وانه ان اضر بها فامرها بيدها ولم يتعرض له الناظم نصا وانما يفهم من كلامه الاتي وقد تعرض لبيان حكم الضرر الذي لم يكن لها به شرط قصدا فقال

(وحيثما الزوجة تثبت الضرر * ولم يكن لها به شرط صدر) 448

(قيل لها الطلاق كالملتزم * وقيل بعد رفعه للحكم) 449

(ويزجر القاضي بما يشاؤه * وبالطلاق ان يعد قضاؤه) 450

يعني ان الزوجة اذا اثبتت ضرر زوجها بها بالشهادة القاطعة او بشهادة السماع ان انكر دعواها كما مر ولم يكن لها به شرط في عقد نكاحها ولا تطوع لها به بعد العقد على انه ان اضر بها فامرها بيدها كما تقدم فقيل لها الطلاق من اول مرة بمجرد الثبوت كما ان الطلاق الملتزم به على وجود الضرر يكون كذلك وقيل حيث لم يكن لها به شرط فليس لها ولا للحاكم ذلك بل لا بد من رفعها اياه للحاكم ويزجره بما يقتضيه اجتهاده من توبيخ او ضرب او سجن ونحو ذلك فان رجع فذاك المطلوب وان لم يرجع عن اضرارها وتكررت شكواها امره الحاكم بطلاقها فان امتنع طلقها عليه لانه نائب عنه او امر الزوجة به فتطلق نفسها طلقة واحدة تملك بها امر نفسها لانها بائنة كما مر هذا هو القول الراجح وبه العمل (فائدة) قال صاحب البرنامج مسئلة كثيرة الوقوع بتونس فالمراة تخرج من دار زوجها ثم تدعي انها خرجت بنفسها وابقت حوائجها بداره انها تصدق اي بيمين لان الاصل بقاء ما كان على ما كان اه

باختصار (فرع) اذا اثبتت الزوجة على زوجها انه لطمها بضربة وارادت القصاص منه فليس لها ذلك لما ورد ان النبيء صلى الله عليه وسلم جاءته امراة فقالت ان زوجي لطم وجهي فقال بينكما القصاص فانزل الله عز وجل ولا تعجل بالقرءان من قبل ان يقضى عليك وحيه الاية فامسك النبيء صلى الله عليه وسلم حتى انزل الله تعالى الرجال قوامون على النساء قال ابن عباس معنى قوام امين عليها يتولى امرها ويصلحها في حالها ، وقال ابن العربي عقبه وعليها له الطاعة لقول الله تعلى وللرجال عليهن درجة بفضل القوامية فعليه ان يبذل المهر والنفقة ويحسن العشرة ويحجبها ويامرها بطاعة الله وينهى اليها شعائر الاسلام من صلاة وصيام وعليها الحفظ لماله والاحسان الى اهله والالتزام لامره في الحجبة وغيرها إلّا باذنه وقبول قوله في الطاعات والاعتراف بالدرجة التي له عليها فان النبيء صلى الله عليه وسلم قال لو امرت احدا ان يسجد الى احد لامرت المراة ان تسجد لزوجها الحديث اه فان نشزت المراة وخرجت عن طاعة زوجها بمنع وطء او استمتاع او خروج بلا اذن او عدم ما اوجبه الله عليها من حقوق الله او حقوق العباد فله ان يؤدبها بنفسه بان يعضها بما يلين قلبها من ثواب وعقاب يترتبان على طاعته ومخالفته فاذا لم تتعض كما هو عادة النساء غالبا هجرها بان يتجنبها في الفراش قدر شهر فان تمادت على عصيانها ضربها ضربا غير مبرح بكسر الراء وهو الذي لا يظهر له اثر على البدن ان ظن الافادة ، والاصل في هذا قول الله تعلى واللتي تخافون نشوزهن فعضوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن الاية (قال) القاضي ابو بكر بن العربي وقد ثبت ان النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ايها الناس ان لكم على نسائكم حقا ولنسائكم عليكم حقا لكم عليهن ان لا يوطئن فرشكم احدا تكرهونه وعليهن ان لا ياتين بفاحشة مبينة فان فعلن فان الله تعلى قد اذن لكم ان تهجروهن في المضاجع وتضربوهن ضربا غير مبرح فان انتهين فلهن رزقهن وكسوتهن بالمعروف (قال) العلماء الفاحشة هي البذاء ليس الزنى اه فان هربت وتحصنت باهلها ولم يقدر زوجها على ردها فلا نفقة لها لان

النفقة في مقابلة الاستمتاع وهي قد فوتته عليه فان لم يباشر الزوج ادبها بنفسه لعدم الفائدة ورفع امره في ذلك الى القاضي وطلب اسكانها بدار امناء كان له ذلك باي وجه من الوجوه كما في فائق ابن راشد وكذا اذا ادعت الزوجة الضرر وتكرر منها ذلك ولم تقم على دعواها بينة وطلبت السكنى بين قوم صالحين كان لها ذلك ايضا فاذا اسكنهما القاضي بين من يرضونه كلفهم تفقد خبرهما وعليه ان يعمل بقول من ائتمنه عليهما رجلا كان او امراة لانه نائب عنه فان انكشف له امرهما ورأى الاساءة من الزوج ادبه ونهاه فان لم ينزجر وتكرر ذلك منه طلقها عليه بلا شيء وان كان منها ائتمنه عليها ان كان للزوج فيها رغبة ويشير بالصبر لقول النبيء صلى الله عليه وسلم من صبر على سوء خلق امراته اعطاه الله ثواب ءاسية بنت مزاحم امراة فرعون الحديث فان لم يصبر على اذايتها خالعها بما يراه القاضي نظرا وان كانت الاساءة منهما فرق بينهما على بعض ما اصدقها ولا يستوعبه له كما يأتي قريبا وان اشكل عليه امرهما ولم ينكشف وطال عليه تكرر شكواهما سواء اسكنهما بين قوم صالحين ام لا بعث اليهما حكمين على ما يقتضيه قول الله تعلى وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما الاية والى هذا اشار الناظم بقوله

(وان ثبوت ضرر تعذرا * لزوجة ورفعها تكررا) 451

(فالحكمان بعد يبعثان * بينهما بمقتضى القرءان) 452

(ان وجدا عدلين من اهلهما * والبعث من غيرهم ان عدما) 453

(وما به قد حكما يمضي ولا * أعذار للزوجين فيما فعلا) 454

يعني ان ضرر احد الزوجين بصاحبه اذا تعذر ثبوته عند القاضي فان العمل في ذلك ان يبعث اليهما حكمين عدلين حكما من اهله وحكما من اهلها ان وجدا فان لم يوجدا فمن غير اهلهما فيختبران امرهما ويامرانهما بالصلح ولا يلزم ان يكونا

معهما ملازمين وانما يدخلان عليهما المرة والمرتين والثلاث قاله المشاور وعليهما ان يجتهدا في ذلك فان قدرا على الاصلاح فذاك المراد وإلّا نظرا في امرهما بما تحصل عندهما فان كانت الاساءة من الزوجة ائتمناه عليها ان كان لا يتجاوز الحق فيها عند ظلمها وكانت له رغبة فيها إلّا ان يريد الزوج الفراق فيفرق بينهما ولا شيء لها من الصداق (قال) عبد الملك ولو حط عليها باكثر من الصداق جاز اذا كان سدادا ، وان رأيا الاساءة منه فرق بينهما ولا يسقطان عنه من الصداق شيئا ، وان كانت الاساءة بينهما بالسوية او اشكل الامر عليهما قسما الصداق بينهما نصفين ، وان كان الظلم من احدهما اكثر نظرا في ذلك فان اشكل على الحكمين الحكم في ذلك اتيا الى القاضي واخبراه بذلك بمحضر عدلين وان ما حكما به ماض ولا اعذار للزوجين فيما فعلاه (قال) ابن رشد لانهما لا يحكمان بالشهادة وانما يحكمان بما خلص عندهما من احوالهما بعد الكشف والنظر (وقال) ابن العربي وقد بينا انهما حكمان لا شاهدان وان فعلهما ينفذ كما ينفذ فعل الحاكم في الاقضية وكما ينفذ فعل الحكمين في جزاء الصيد وهي اختها والحكمة عندي في ذلك وهي ان القاضي لا يقضي بعلمه فخص الشرع هاتين الواقعتين بحكمين لينفذ حكمهما بعلمهما وترتفع بالتعديد التهمة عنهما (فرع) لو اتفق الزوجان على حكمين وحكما نفذ حكمهما لان التحكيم عندنا جائز وينفذ فعل الحكم في كل مسالة إلّا في تسعة اشياء لا يحكم فيها إلّا القاضي وهي التسفيه والترشيد والنظر في الوصايا والاحباس المعقبة ومال اليتيم وامر الغايب والاسباب اي البينات والولاء والنظر في الحدود والقصاص هذا اذا كان كل واحد منهما عدلا بل ولو كان غير عدل فان حكمه ينفذ على الصحيح قاله ابن العربي وقال ابن راشد ولو علم الزوجان انهما مستجرجين فرضيا بهما نفذ حكمهما على المشهور (فرع) اذا اجتمعا على الطلاق نفذ وكان طلقة بائنة وإن لم يرض الزوجان بعد الوقوع ولا ينفذ اكثر من طلقة واحدة اوقعاه بل واحدة منه فقط وتلزم واحدة ان اختلفا في العدد بان قال واحد اوقعت واحدة وقال الاخر اوقعت اثنتين فلو

انفرد احدهما بالطلاق لم ينفذ طلاقه (فان) قيل فلم عدل القضاة عن الحكمين الى الامناء مع ان ءايتهما محكمة وهو امر لا ينبغي (اجيب) بان الحكام واهل العلم مجمعون على انها فريضة وءايتها نص في الحكم باقية على ذلك لم تنسخ ولكن لما ضاق عليهم شرط الله في ان يجدوا حكما من اهله وحكما من اهلها في كل نازلة مع اجماع العلماء على ان الحكمين انما يتخيران عالمين فقيهين ذكيين ورعين فلما عز هذا المطاب لجا الحكام فمن لم يجد من هذه صفتهما من اهل المتشاقين الى اخراجهما الى من يوثق بدينه وصلاح حاله من الرجال والنساء لتعرف احوالهما والاطلاع بهما الى ما يرجى ان يصالح بينهما فكثيرا ما يكون ذلك بينهما لا على وجه التحكيم لمن عنده من رجل او امراة ولا على وجه الفصل بينهما ولا رايت قط فيما شاهدت قديما وحديثا احدا قضى على متشاقين بشهادة امين ولا امينة ولكنهم يحبسون الموصوف بالظلم منهما فلربما رجعا عن ذلك وتتاركا ولم يعودا اليه وهم الاكثرون قاله ابو ابراهيم كذا في المعيار (قلت) ولا يكفي هذا الجواب لانه اذا لم يوجد من اهلهما من تتوفر فيه الشروط بعث من غيرهما وانما الجواب هو ان تقديم دار الامين لرجاء اصطلاحهما كما هو الجاري به عمل تونس ولا يكون الترافع في ذلك إلّا من لفيف الناس ومن لا يعبأ بهم (فرع) وسئل ابن الحاج عمن جعل امينا مع الرجل والمراة على من تكون نفقة الامين ومؤنته ان كانت على من طلبها او على المتعدي وكيف ان أشكل الامر على الحاكم (فاجاب) النفقة على من طلب الامينة فاذا اشكل الامر فعلى الزوج الذي تشكى منه الضرر حتى يتبين غير ذلك والله اعلم اه وفي فائق ابن راشد فان اتفق الزوجان على الامينة كانت نفقتهما عليهما عند مالك اه ثم قال

x. 68-69 B

فصل في الرضاع

اقول ينحصر الكلام في هذا الفصل في خمسة انظار (الاول) في معناه لغة واصطلاحا (الثاني) في اركانه وهي المرضع واللبن وللمحل (الثالث) في الرضاع القاطع للنكاح

(الرابع) فيمن يحرم من الرضاع (الخامس) فيما يثبت به الرضاع (النظر الاول) في معناه لغة واصطلاحا اما معناه لغة فهو امتصاص الثدي او الضرع ، ويقال الرضاع والرضاعة بفتح الراء وكسرها فيهما ، ويقال رضع الصبي رضعا مثل سمع يسمع سمعا ويقال رضع يرضع رضعا مثل ضرب يضرب ضربا ، ويقال رضع يرضع رضعا من باب تعب ويقال ارضعته امه ارضاعا (قال) القاضي عياض وارضعته امه وامرأة مرضع اي لها ولد ترضعه فان وصفتها بارضاع الولد قلت مرضعة اه قال ابن مالك في الكافيه .

وما من الصفات بالانثى يخص * عن تاء استغنى لان اللفظ نص
وحيث معنى الفعل ينوى التاء زد * كذي غدت مرضعة طفلا ولد

وحاصله انه اذا اريد انها ترضع بالقوة فيجرد من التاء وان اريد انها ترضع بالفعل فتثبت التاء قال الله تعلى يوم تذهل كل مرضعة عما ارضعت ، وفي التوضيح ذكر اهل اللغة انه لا يقال في لبن بنات ءادم لبن وانما يقال فيه لبان. واللبن لسائر الحيوان غيرهن وجاء في الحديث كثيرا خلاف قولهم اه ، واما معناه اصطلاحا فعرفه الامام ابن عرفة بقوله الرضاع عرفا وصول ابن ءادمي لمحل مظنة غذاء ءاخر لتحريمهم بالسعوط والحقنة ولا دليل إلّا مسمى الرضاع (فقوله) رحمه الله تعلى وصول جنس يشمل جميع انواع الواصلات من مائعات وغيرها واضافته الى اللبن فصل يخرج به غيره من ريق ونحوه وسواء وصل اللبن بفعل فاعل وهو المرضع او وصل من غيرها ولهذا قال وصول ولم يقل ايصال ، واضافة اللبن الى ءادمي فصل يخرج به لبن غيره من البهائم فانه لا يحرم عندنا ، وقوله لمحل اي جوف جار ومجرور متعلق بوصول ومحل مضاف ومظنة مضاف اليه وكذا ما بعده وغذاء بكسر الغين المعجمة بعدها ذال معجمة وهو ما يتغذى به فصل يخرج به ما لم يصل للجوف بان رجع من الحلق او وصل ولم يكن غذاء كما اذا وصل من منفذ ضيق ونحوه كما ياتي ، وقوله ءاخر صفة لموصوف محذوف اي ءادمي ءاخر فصل يخرج به وصول اللبن

لمحل صاحبته بان ارضعت نفسها ، وقوله لتحريمهم بالسعوط والحقنة علة لقـولـه لمحل مظنة الخ والسعوط ما صب من الانف والحقنة ما يصب من الدبر ثم يصعد الى المعدة ، وينبغي ان يزيد في التعريف من منفذ واسع قـاله البناني لاخراج الواصـل من العين والاذن وان يقيد ايضا المظنة بغير الحقنة اما هي فلا بد فيها من الغذاء بالفعل ولا تكفي المظنة لقول المدونة وان حقن بابن فوصل لجوفه حتى يكون غذاء فانه يحرم اه وهذا التعريف شامل لرضاع الكبير وللبان الصغيرة وللبن الذكر وللبن الميتة وللبن العجوز واللبن المخلوط وسياتي بيان ذلك ، وقوله ولا دليل إلَّا مسمى الرضاع اي عرفا بحث فيه بان له دليلا في ذلك وهو الحاقه بالرضاع او الاحتيـاط وبيان ذلك ان الرضاع غلب في المعهود بين الناس على جذب اللبن من الثدي وامتصاصه بالشفتين لكن الفقهاء حكموا بان الحقنة والسعوط يقع التحريم بهما دل ذلك على ان الرضاع عرفا شرعيا صادق عليهما والله اعلم (النظر الثاني في اركانه) وهي المرضع واللبن والمحل (اما) المرضع فيشترط ان تكون ءادمية وان صغيرة او ءايسة او ميتة اذا تحقق ان لها لبانا فلا اثر للبن البهيمة كالبقرة عندنا اتفاقا كما تقدم ولا للبن الرجل على المشهور وقال ابن اللباد يحرم وقال غيره يكره ، وقد ارضع رجل ابنته لما ماتت امها اثر الولادة في بلدنا توزر وذلك لما ضمها الى صدره ونام فلما استيقظ من نومه وجدها ترضع من ثديه وبقيت على تلك الحالة الى ان صارت تتغذى بالطعـام والشراب وقد اخبرني من اثق به بان رجلا ارضعه في حاضرة تونس وهذا من الطاف الله تعلى بعبيده وهو على كل شيء قدير (واما) اللبن فيشترط فيه ان يكون باقيا على اصل خلقته او خلط بطعـام او دواء واللبن غالب وعكسه لغو فـان تساويا فقولان التحريم وعدمه واختار ابو الحسن الثاني قـال منفعة الطعام بانفراده كمنفعته اذا خلط بلبان اه فـان تغير عن اصل خلقته وخرج عن منفعة اللبن كمـاء اصفـر او احمر لم يحرم (وامـا) المحل الذي هو جوف الصبي فيشترط وصول اللبن اليه كما مر فلا اثر لغير الواصل ولا يشترط عندنا تعدد الرضعات بل يحصل الرضاع

وان بمصة والمعتبر عندنا وصوله الى الجوف باي طريق كان كما تقدم في بيان التعريف (النظر الثالث) في الرضاع القاطع للنكاح في الاسلام والشرك سواء وشرطه وصول اللبن لجوف الطفل في الحولين من ولادته او بزيادة الشهر والشهرين أن لم يقع الفطام فان وقع الفطام ولو قبل الحولين ثم وقع الرضاع فيهما بعد الاستغناء عنه وانتقل عيشه الى الطعام طالت المدة او قصرت لا يحرم فرضاع الكبير لا يحرم من باب اولى (النظر الرابع) فيمن يحرم من الرضاع واليه اشار الناظم رحمه الله تعلى بقوله

(وكل من تحرم شرعا بالنسب * فمثلها من الرضـاع يجتنب)

اي يحرم وبعبارة اخرى ان كل امراة حرمها الشرع العزيز بالنسب وهي السبعة المذكورة في قول الله تعلى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم واخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت فان مثلها يحرم من الرضاع شرعا وقد وقع النص على تحريم الامهات والاخوات في القرءان العظيم قال الله تعلى وامهاتكم اللتي ارضعتكم واخواتكم من الرضاعة . وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وفي رواية يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة (قال) ابن الحاجب فيقدر الطفل خاصة لصاحبة اللبن ولصاحبه ان كان فلذلك جاز ان يتزوج اخوه نسبا اخته او امه من الرضاع . وقال الشيخ في الرسالة ومن ارضعت صبيا فبنات تلك المراة وبنات فحلها ما تقدم او تاخر اخوة له اه فمن رضع امراة حرمت عليه لانها امه ويحرم عليه كل من ولدته وان لم ترضعه وكل من رضعها وان لم تلده لانهن اخواته ويحرم عليه بناتهن وبنات بناتهن وبنات بنيهن وبنات بنيهن وان سفلن ويحرم عليه اخواتها لانهن خالات وامهاتها لانهن جدات وزوج المرضعة ابو الرضيع وابوه جده واخوه عمه وولده اخوه (تنبيه) انما يكون الرضيع اخا لبنات ذلك الفحل من الرضاع اذا كان قد وطيء المرضعة وانزل قبل الارضاع حتى يصدق عليه انه شرب من لبن ذلك الفحل واما لو رضع منها قبل نكاحه اياها

ثم عقد عليها ووطئها وانزل بعد انقطاع الرضاع فلا تكون بناته اخوات له لانه لم يشرب من لبنه حتى يكون ابنا له لقولهم يجوز للربيب ان يتزوج بنت امراة ابيه من رجل غيره بشرط فطامها قبل نكاح ابيه لامها (النظر الخامس) فيما يثبت به الرضاع وثبوته باحد امرين اما بالاقرار واما بالاشهاد وقد اشار الى الاول منهما وله ثلاث حالات فقال

456 (فان اقر الزوج بالرضاع * فهو الى فسخ النكاح داع)

457 (ويلزم الصداق بالبناء * ونصفه من قبل الابتناء)

458 (كذاك بالاقرار منهما معا * لا باعتراف زوجة ان وقعا)

الحالة الاولى ان الزوج المكلف اذا اقر بعد عقد النكاح انه اخ لزوجته او ابنها من الرضاع مثلا وثبت اقراره بالبينة وانكرت الزوجة ذلك اخذ باقراره وفسخ النكاح ولها المسمى ان كان حلالا وإلّا فصداق المثل بالدخول وقد تقدم الكلام على الحد ولحوق الولد في تعريف النكاح وان اقر بعد العقد وقبل البناء فانكرت فسخ النكاح ايضا ولها نصف الصداق لانه يتهم على اقراره ليفسخ بلا شيء وان كان اقراره قبل العقد فلا شيء لها في فسخه بعده وقبل البناء لان نكاحه وقع فاسدا ولها المسمى بعد البناء (الحالة الثانية) ان يتفق الزوجان على الرضاع فان النكاح يفسخ ولا صداق لها قبل البناء ولها المسمى بعده . وقول الناظم كذاك بالاقرار منهما معا التشبيه راجع للحكم السابق وهو فسخ النكاح فقط لا الى ما وراء ذلك من الصداق فهو غير تام (الحالة الثالثة) ان تعترف الزوجة وحدها بانهما اخوان من الرضاع وينكر الزوج ذلك ولم تقم على دعواها بينة فلا يلتفت الى قولها لانها تتهم على فسخ النكاح فلا يفسخ ولا تقدر على طلب المهر لاقرارها بفساد العقد فان طلقها قبل البناء فلا شيء لها لاقرارها بفساد النكاح فيكون كالفسخ قبل البناء وان طلقها بعد البناء فلها الصداق كاملا (فرع) فلو اقر ابوا الذكر والانثى برضاع ولديهما الصغيرين وانهما اخوا

رضاع قبل اقرارهما قبل عقد النكاح ويفسخ العقد ان وقع لا بعد العقد فلا يقبل كاقرارهما برضاع ولديهما الكبيرين قبل العقد فلا يمضي عليهما اقرارهما ويكونان شاهدين كاجنبيين فيجري فيهما ما يجري في الثبوت الاتي كما في الزرقاني (قال) ابن راشد وان كان لا يفسخ نكاحهما لكن يستحب له التنزه عنهـا واشار الى الامر الثاني الذي يثبت به الرضاع فقـــال

(ويفسخ النــكاح بالعدلـين * بصحة الارضـاع شاهدين)

(وباثنتين ان يكن قولهمـا * من قبل عقد قد فشـا وعلما)

(ورجل وامرأة كذا وفى * واحدة خلف وفي الاولى اقتفي)

يعني ان النكاح يفسخ اذا ثبت الرضاع بشهادة عدلين وبامراتين ان كان ذلك فاشيا من قولهما قبل العقد فان لم يحصل من قولهما فشو قبل العقد فان الرضاع لا يثبت على القول المشهور والرجل والمرأة يشهدان بذلك مثل المرأتين في اشتراط الفشو قبل العقد ولا بد من التصريح بالفشو من الشهود عند القاضي والاعذار للزوجين في شهادة الرضاع واجب شرط في الحكم ، وقد اختلف في شهادة المرأة الواحـدة ولو مع الفشو فقيل لا يفسخ وهو المشهور وندب التنزه وقيل يفسخ قال ابن فتحون وهو اظهر واليه اشار النـاظم بقوله وفي الاولى بفتح الهمزة اقتفي اي اتبع الفسخ (قـال) الشيخ ابن رحال في الحاشية وقد تحصل من انقال الناس على هذا الكلام ثبوت الرضاع بعدلين دون شرط فشو ، وبرجل وامرأة او بامرتين ثبوته بهما بشرط الفشو فيها وبلا فشو لا ثبوت فيهما ولكن في ذلك خلاف قوي في الصورتين وان صرح في التوضيح بان المشهور فيهما عدم الثبوت وواحـدة ولا فشو لا ثبوت اتفاقا ومعه فيها خلاف والراجح عدم الثبوت والخلاف في العدالة مع وجود الفشو فظهر من ذلك عدم الشرطية لانه قول ابن القاسم وروايته عن مالك ، والامان بعد العقد كالاجنبيين وقبله يثبت بهما الرضاع وان لم يكن فشو اه ، وقول الناظم

ورجل وامراة كذا الخ بالجر معطوفان على العدلين وكذا في موضع الصفة والاشارة راجعة الى شرط الفشو من قولهما اي ويفسخ النكاح بشهادة رجل وامراة كائنين كذا اي في الفشو من قولهما ويجوز ان يكون رجل بالرفع مبتدا على حذف مضاف وامراة معطوف عليه والتقدير وشهادة رجل وامراة كذا اي كشهادة امراتين في وجوب فسخ النكاح مع فشو الرضاع من قولهما (ولما فرغ) من الكلام على الرضاع شرع يتكلم على عيوب الزوجين فقـــــال

p. 70-71 S

فصل في عيوب الزوجين وما يردان به

فقوله وما يردان به من عطف خاص على عـام لان من العيوب ما لا يقع الرد به ، واعلم ان اسباب الخيـار في النكاح خمسة (السبب الاول) خيار التروي وقد تقدم الكلام عليه في الشروط التي تقع في النكاح (السبب الثاني) الضرر وقد ذكره الناظم قبل فصل الرضاع وكان حقه ان يذكر هذا الفصل ملاصقا له (السبب الثالث) العتق وهو الامة التي تعتق تحت زوجها العبد لا الحر وهذا خاص بالمرأة (السبب الرابع) الغرور بالحرية بان تتزوج الحرة الرجل على انه حر فاذا هو عبد وعكسه (السبب الخامس) العيب واليه اشار الناظم بقـــــــوله

(من الجنون والجذام والبرص * والداء في الفرج الخيار يقتنص) 462

(بعد ثبوت العيب او اقــرار * بـــه ورفــع الامر في المختار) 463

يعني ان العيوب التي يثبت بها الخيار لاحد الزوجين في الاخر هي الجنون والجذام والبرص وداء فرج الرجـل او فرج المرأة ، وحاصل العيوب التي توجب الخيـار لاحد الزوجين اربعة عشر (اربعة) يشتركان فيهـا وهي الجنون والجذام والبرص والعذيطة بفتح العين المهملة وسكون الذال المعجمة غائط يخرج عند الجماع (قال) في الفائق وقد نزلت في ايام احمد بن نصر واختلف الزوجان فنفى ذلك كل واحد

منهما عن نفسه فقال احمد يطعم احدهما تينا والاخر فقوسا فيعلم من هو منهمـا ، واما البول في الفراش فلا رد به كما في المواق وبه افتى العلامة الورزازي من الفاسيين وقيل يقع بـه الرد ، وخمسة خاصة بالرجل وهي الجب بفتح الجيم والخصاء بكسر الخاء والاعتراض والعنة بضم العين وكبر الذكر جدا وقد وقع الحكم بالخيار به من قاضي الجماعة ابي عبد الله محمد الطاهر النيفر بموافقة شيوخ الشورى رحمهم الله تعلى اجمعين ، وخمسة خاصة بالمرأة وهي القرن بفتح القـاف وسكون الراء والرتق بفتح الراء والتـاء والعفل بفتح العين والفاء والافضاء وبخر الفرج لانـه منفر خلافا للايمة الثلاثة لابخر الفم على المشهور وسياتي بيانها في كلام الناظم ويكون الخيار لاحد الزوجين بالعيب بعد ثبوته عند القاضي اما باخبار من له معرفة بذلك من الاطباء العدول فان لم يكن عدول قبل غيرهم وان مشركين ويكفى الواحد والاثنان اولى ، واما باقرار المعيب بعيبه فاذا ثبت العيب ولم يبق مقال فيه للزوج المعيب امره القاضي بطلاقها فان امتنع منه طلقها الحاكم عليه او يامرها به فتطلق نفسها في القول المختار وهو المشهور ، وقيل لها ان تطلق نفسها بعد الثبوت بدون احتياج الى الرفع للقاضي مرة إخرى لانها فعلت ما يامرها القاضي بفعله ان لو رفعت امرها اليه وما شرحت به كلام الناظم اولى من شرح الغير (تـنبيهات الاول) يكون الطلاق واحدة بائنة ولو كان بعد البناء كما ياتي في المعترض ولها جميع الصداق لطول المدة اهـ مواق وتلزمها العدة بعد ذلك كما في التهذيب (الثاني) ظاهر النظم ان الخيار يثبت لاحد الزوجين ولو كان كل واحد منهما معيبا بعيب صاحبه او بغيره وهو كذلك على ما في الحطاب ، وقال اللخمي ان اختلف عيبهما كجنونه وبرصها او العكس كان لكل واحد منهمـا الخيار وان كان موافقا كبرصهما معا كان له الخيار دونها لانه بذل صداقا لسالمة فوجد ما يكون صداقها دون ذلك اهـ بناني (الثالث) انما يثبت الخيار بالعيب لاحد الزوجين او لهمـا معا ان لم يسبق العلم ولم يرض بقول او فعـل او تمكين منه (فرع مرتب) ان ادعى المعيب على السالم ما يسقط خياره من سبق علم ونحوه مما تقدم ولا بينة له حلف السالم على

نفي مسقط خياره وبقي على الخيار في الرد والامساك فان نكل عن اليمين حلف المعيب وسقط الخيار فان نكل المعيب ايضا كان نكوله تصديقا للناكل الاول على مقتضى القاعدة ويبقى الخيار للسالم كذا حرره البناني على الزرقاني . وقول الناظم يقتنص بالبناء للنائب معناه يثبت ويحصل كما يحصل الصيد في يد صائده . ولما فرغ من الكلام على العيوب التي يشترك فيها الزوجان وكيفية المرافعة في ذلك عند القاضي شرع يتكلم على ما يختص بالزوج منها فقال

(وداء فرج الزوج بالقضاء * كالجب والعنة والخصاء) 464

(وذاك لا يرجى له زوال * فليس في الحكم به امهال) 465

يعني ان عيب الزوج اذا كان جبا او عنة او خصاء وكذا كبر الذكر جدا فان الحكم فيه يعجل ولا يمهل لانه لما كان لا يرجى زواله صار الامهال فيه عبثا وحينئذ اما ان ترضى الزوجة بالبقاء معه او تفارق . والجب هو قطع الذكر والانثيين معا ، والعنة صغر الذكر جدا كزر الثوب بكسر الزاي المعروف بالعقدة عند قوم والقفل عند ءاخرين من اهل قطرنا التونسي ، والخصاء قطع الذكر او الانثيين فقط دون الذكر ان كان لا يمنى ومثل قطع الذكر كله قطع حشفته على القول الراجح . ومحل الخيار في هذه العيوب التي ذكرها الناظم اذا كانت موجودة قبل البناء والوطء ولو مرة اما اذا اصيب بها بعده فانها مصيبة نزلت بها ولا كلام لها في ضرر ترك الوطء ولو اشتعلت نارا على الراجح كذا قال بعضهم ، وقوله وداء فرج الزوج مبتدا ومضافان وبالقضاء متعلق بمحذوف صفة المبتدا تقديره الموجب للخيار بالقضاء وقوله كالجب خبر المبتدا والعنة وما بعده بالجر عطف عليه ثم ذكر العيوب التي يمهل فيها الزوج فقال

(وحيث عيب الزوج باعتراض * او برص وقيم عند القاضي) 466

(اجله الى تمام عام * كذاك في الجنون والجذام) 467

(وبعد ذا يحكم بالطلاق * ان عدم البرء على الاطلاق)

(والعبد في الاصح كالاحرار * وقيل بالتشطير كالظهار)

يعني ان عيب الزوج اذا كان مما يرجى برؤه وهو اربعة اشياء الاعتراض وهو عدم انتشار ذكره لعلة او ربط بسحر ، والبرص ، والجنون بصرع او وسواس ، والجذام وقامت الزوجة بحقها عند القاضي فلا يحكم عليه بالطلاق ابتداء بل يؤجله سنة للدواء اذا اراد ذلك ويكون الاجل من يوم ثبوت العيب عنده فان برئ في السنة فواضح وان تمت ولم يحصل له برء كان الخيار للزوجة في الاقامة معه او الفراق فان اختارت الفراق حكم القاضي به عليه بالاطلاق اي سواء كان قديما او حادثا وسواء رجي برؤه بعد ذلك او لا هذا معنى قوله وبعد ذا يحكم بالطلاق البيت ، والتاجيل في ذلك بالسنة للحر اتفاقا واختلف في العبد فقيل هو كالحر وهو الاصح وقيل يؤجل شطرها ستة اشهر كالخلاف الواقع في ظهاره من زوجته اذا امتنع من التكفير فيدخل عليه الايلاء فقيل يؤجل اربعة اشهر كالحر وقيل بالتشطير فيؤجل شهرين فقط (قلت) وفي التشطير على العبد تشديد عليه والمطلوب في حقه التخفيف فلا اقل ان يكون مثل الحر فلهذا كان القول الاول هو الاصح ، وقول الناظم وبعد ذا الخ الضرف متعلق بيحكم والاشارة بذا للسنة وقوله عدم البرء فعل ونائب فاعل وعلى الاطلاق حال من الحكم وقوله

(وكالرجال اجل النساء * في هذه الثلاثة الادواء)

(وفي سواها لا يكون الاجل * لهن إلا ما يرى المؤجل)

يعني ان الزوجة اذا ظهر بها جنون او جذام او برص فانها تؤجل سنة للدواء وان القاضي لا يحكم لزوجها بالخيار ابتداء كما مر في الزوج واما داء فرجها كالرتق فانها تؤجل للدواء بقدر اجتهاد الحاكم وهو المراد بقوله المؤجل بكسر الجيم وذلك بعد

ان يخبره الطبيب بما يبني عليه اجتهاده (فرع سئل) الفقيه محمد بن عبد القادر الفاسي هل حكم الزوجة في الاعتراض كحكم الرجل ام لا فان عقدها واعتراضها شائع متعارف عند العرب والبربر (فاجاب) بان مقتضى عباراتهم ان الاعتراض خاص بالرجل ولا راينا من ذكره في حق النساء ومقتضى ما فسروا به الاعتراض ان لا يتحقق ذلك في جهة المرأة وانما هو معتبر في جانب الرجل حيث قالوا المعترض هو الذي لا يقدر على الوطء لعلة معترضة وهو بصفة من يمكنه الوطء وربما اعترض عن امرأة دون اخرى وعلى هذا كلما امتنع من وطئها ولا علة بها هي في الحس فهو معترض لا هي لان المحل منها سالم حسا من الآفة فكيف ينسب اليها الاعتراض دونه وباي شيء يتحقق ويعلم والله اعلم اه ثم قال الناظم

472 (ويمنع المبروص والمجذوم من * بنائه وذو الجنون فاستبن)

473 (وذو اعتراض وحده لن يمنعا * وهو مصدق اذا ما نوزعا)

474 (وان يقل وطئت اثناء الامد * فقوله مع اليمين معتمد)

يعني ان الزوج اذا طلب البناء بزوجته في خلال الاجل المضروب له لمعالجة برصه او جذامه او جنونه فانه لا يجاب الى ذلك ويمنع منه لانه يخشى على الزوجة من الاذاية بخلاف المعترض فانه لا يمنع من البناء اذا طلبه واليه الاشارة بقوله وذو اعتراض وحده لن يمنعا ، وقوله وهو مصدق اذا ما نوزعا الخ يعني ان الزوجة اذا ادعت على زوجها بالاعتراض وانكره فانه مصدق في نفيه مع يمينه فان نكل عن اليمين حلفت وكانت على حقها من الخيار فان نكلت هي ايضا بقيت على لزوم الزوجية ، وقوله وان يقل وطئت اثناء الامد البيت يعني ان المعترض اذا اجل سنة للدواء وقال وطئتها اثناء الاجل وكذبته صدق بيمينه فان نكل حلفت وكان لها الخيار بمضي الاجل وان نكلت سقط خيارها ، وما درج عليه الناظم من تصديق الزوج بيمينه هو القول المشهور في المسئلة وقال البرزلي اذا اختلف الزوجان في المسيس القول

قول الزوج في الثيب وينظر النساء الى البكر عبد الرزاق وهو احسن الاقاويل ومذهب المدونة القول قول الرجل مطلقا اه وفي الرهوني على الزرقاني ان العمل على قول سحنون وهو نظر الرجال لعيب الرجال ونظر النساء لعيب النساء في البكارة وغيرها اه (قلت) وبهذا القول المعمول به شاهدت العمل بتونس اما ان قال وطئتها بعد انقضاء الاجل وكذبته فانه لا يصدق ، وقوله

(وتمنع الانفاق ما لم تدخل * ان طلبته في خلال الاجل)

يعني ان زوجة المبروص او المجذوم او المجنون المضروب له اجل سنة للدواء اذا منعته من الدخول اثناء الاجل وطلبته بالنفقة في الاجل فلا نفقة لها في خلاله لان النفقة في مقابلة الاستمتاع وقد منعت نفسها منه لسبب لا قدرة له على دفعه فهو معذور بذلك بخلاف المعترض فانه لما كان غير ممنوع من البناء كما تقدم فاذا طلبته بالنفقة لزمته لانه متمكن من الاستمتاع بها ولو في الجملة (فرع) اذا اجلت الزوجة للدواء من عيبها وطلبت النفقة فلا نفقة لها ان امتنع الزوج من ذلك لانها وان لم تمنعه هي من الاستمتاع فانه اذا استمتع بها سقط خياره ، وقوله

(والعيب في الرجال من قبل البنا * وبعده الرد به تعينا)

(إلّا اعتراضا كان بعدما دخل * والوطء منه هبه مرة حصل)

(وبالقديم الزوج والكثير * يرد والحادث واليسير)

(إلّا حدوث برص منزور * فلا طلاق منه في المشهور)

(وزوجة لسابق لعقده * وهو لزوج ءافة من بعده)

حاصل ما تضمنته الابيات الخمسة من فقه المسئلة كما قاله ابو علي في الحاشية ان العيب الواقع قبل العقد يرد به مطلقا كان بامرأة او رجل قليلا كان او كثيرا لان من فيه العيب مدلس كان جنونا او غيره وان حدث بعد العقد فالزوجة لا ترد به

مطلقا بلا قيد اصلا وان حدث بالزوج بعد العقد فالرد ثابت لها في الجذام البين والبرص المضر كان الجنون قبل الدخول او بعده على خلاف في ذلك واما الاعتراض فمهى وطئى الزوج مرة سقط حكمه وكذا اذا وطئى مرة ثم قطع ذكره مثلا . وقول الناظم الزوج مبتدا وجملة يرد من الفعل ونائب الفاعل خبره وبالقديم متعلق بيرد والكثير والحادث واليسير بالجر عطف على القديم (ثمر) شرع يتكلم على العيوب المختصة بالمرأة فقـــال

(والرتق داء الفرج في النساء * كالقرن والعفل والافضـاء) 481

يعني ان عيب فرج المرأة التي ترد به هو الرتق والقرن والافضاء ويدخل تحت الكاف العفل وبخر الفرج فالرتق هو التصاق موضع الوطء والتحامه والعفل قيل هو رغوة تحدث في الفرج عند الجماع وقيل العفل في النساء كالادرة في الرجال وهو بروز لحم في الفرج والقرن شيء يشبه قرن الشاة تارة يكون عظما فيعسر علاجه وتارة يكون لحمـا فلا يعسر والافضاء اختــلاط محل الجماع ومجرى البول بزوال الحائل الرقيق بينهما فلا تمسك بولا ولا نطفة وقيل هو اختلاط محل الجماع ومجرى الغائط (ولما) فرغ من الكلام على العيوب الموجبة لخيار الزوجين مطلقا شرع يتكلم على العيوب التي لا توجب الخيار ابهما إلّا بشرط السلامة فقـــال

(ولا ترد من عمى ولا شلل * ونحوه إلّا بشرط يمتثل) 482

يعني ان من تزوج امرأة فوجدها عمياء او عوراء او شلاء او عرجاء او قطعاء او سوداء او مقعدة او منتنة الفم والانف على المشهور ومقابل المشهور الرد ببخر الفم والانف ولو بلا شرط واختير او تبول في الفراش ونحو ذلك من غير العيوب المتقدمة فلا خيار له ولا رد إلّا اذا تزوج على شرط السلامة فيعمل بشرطه ويكون له الرد وكذا قـــوله

(والزوج حيث لم يجدها بكرا * لم يرجع إلّا باشتراط عـذرا) 483

(ما لم يزل عذرتها نكاح * مكتتم فالرد مستباح)

يعني ان من تزوج بكرا فوجدها ثيبا فلا خيار له ولا رجوع له بالثيوبة لان لفظ بكر في اللغة يدل على التي لم ينعقد عليها نكاح البتة وهذه كذلك ولا يدل على كونها عذراء وهي التي بخاتم ربها لم تثقب ، ومحل عدم رجوعه بذلك ما لم يشترط انها عذراء او ازيلت عذرتها بنكاح كتموه او لم يجر العرف بعدم الفرق بين بكر وعذراء وان البكر المراد بها العذراء وإلّا فله الرجوع (قال) بعض الشيوخ من المحققين محل عدم الرد بالثيوبة في البكر اذا لم يجر العرف بالرد وانه لا فرق بين البكر والعذراء اما اذا جرى العرف بذلك فللزوج الرد اذا تزوجها بكرا فوجدها ثيبا سواء قالوا هي بكر او عذراء وبه القضاء وعليه العمل اه ويثبت ذلك اما باقرارها واما بنظر النساء العارفات الدينات ان وجدن وإلّا فبغيرهن مع التحري في ذلك رضيت بالرؤية او لم ترض على ما به العمل ، وفي نوازل النكاح من البرزلي (سئل) ابن ابي زيد عمن تزوج بكرا فقال وجدتها ثيبا (فاجاب) اختلف في ذلك واحب الينا نظر النساء اليها فان قلن القطع جديد لم يقبل منه وان قلن قديم فان زوجها ابوها او اخوها فعليه صداقها ويرجع به عليها وان كان غيرهما فهي الغارة فيرجع عليها به إلّا ربع دينار اه ولا زال عمل تونس جاريا بتوجيه القوابل في هذه المسئلة الى الآن (فرعان) الاول اذا ادعى الزوج انها غير بكر وادعت هي اعتراضه او عنته او جبه وانها بكر عذراء فان النساء ينظرن اليها فان تبين انها ثيب كان له الخيار على نحو ما تقدم وان تبين انها بكر سقطت دعواه وبقيت على دعواها فان صدقها في ذلك كان لها الخيار وان انكر دعواها فهل يصدق ويحلف على نفيه كما مر وتلغى شهادة النساء بالبكارة كما قال بعضهم او ينظر اليه الرجال كما ينظر النساء الى النساء خلاف والظاهر القول الثاني ليقع التعادل اذ لا فرق بين المسئلتين وبه حكم قاضي الجماعة ابو عبد الله سيدي محمد الطاهر النيفر رحمه الله في النازلة المتقدم ذكرها اول الفصل وبعد كتبي

هذا وجدت ما يعضده نصا في المسئلة قال الرهوني الثاني اي من التنبيهات ظاهر كلام العمليات ان العمل انما جرى بالنظر لفرج النساء دون الرجال مع ان قول سحنون الذي جرى به العمل غير خاص بالنساء اه وتقدم نحوه قريبا وقد كنت توجهت لاكتب ما اسمعه من القوابل في نازلتين من هذا القبيل فتبين من احداهما صدق الزوج وتبين من الاخرى صدق الزوجة وان الزوج وقع له اعتراض عليها كما قالت فعلى من ولاه تعلى من القضاة والعدول التنبه لمثل هذا بقدر الامكان لفساد اهل الزمان ولهذا قال بعض العلماء لا تقبل دعوى عدم البكارة إلّا من الرجل الصالح الثقة (الثاني) في نوازل النكاح من المعيار (سئل) ابو صالح عن المرأة اذا لم يكن لها ثديان هل ترد بذلك في النكاح ام لا (فاجاب) نعم ترد به اه . وقول الناظم ما لم يزل عذرتها نكاح الخ فيزل بضم اوله من ازال الرباعي وعذرتها بضم العين مفعول به مقدم ونكاح فاعل مؤخر ثم قال

(والقول قول الزوج قبل الابتنا * في قدم العيب الذي تبينا)

(والقول بعد في الحدوث قول الاب * والزوج اذ ذاك بيانه وجب)

(كذا برد ذي انتساب الفيا * لغية او ممترقا قضيا)

يعني ان من تزوج امرأة فوجد بها عيبا من العيوب التي يقع بها الرد واختلفت مع الزوج فادعى الزوج ان العيب قديم يوجب له الخيار وادعت الزوجة انه حادث ليكون مصيبة نزلت بالزوج فان كان اختلافهما قبل البناء فالقول قول الزوج في قدمه مع يمينه إلّا ان تاتي الزوجة او وليها ببينة على حدوثه وان كان بعد البناء فالقول قول الزوجة او وليها في حدوثه وحلفت هي او ابوها ان كانت سفيهة إلّا ان ياتي الزوج ببينة انه قديم . وقوله كذا برد ذي انتساب البيت يعني انه كما يقضى للزوجة بان عيبها المتنازع فيه كان بعد البناء يقضى لها ايضا برد الزوج الذي تزوجته على انه ذو نسب فوجدته ابن زنى لا نسب له وهو معنى قوله لغية او تزوجته حرة على انه

حر فوجدته عبدا كله او بعضه او الامضاء في المسئلتين وكذلك عكسهما بان تزوج رجل امرأة على انها ذات نسب فوجدها بنت زنى او تزوج امرأة على انها حرة فوجدها امة كلها او بعضها وله الخيار في الوجهين وولد المغرور قبل علمه حر ، ومفهومه ان لو كان ذلك بلا شرط فلا رد وهو كذلك والعرف كالشرط ، وقوله لغية بفتح الغين وكسرها جار ومجرور متعلق بمحذوف مفعول ثان لالفيا تقديره منسوبا لغية اي لزنية بلام الجر وكسر الزاي ومعناه ابن زنى كما مر ويجوز تعليق لغية بالفيا وقوله مسترقا بالنصب عطف على محل لغية وقضيا فيه ضمير مجرور نائب فاعل يعود على الزوجة اي قضي لها والف تبينا والفيا وقضيا للاطلاق (تتميم) في بيان حكم الصداق بعد الرد بالعيب وحاصله ان الزوج البالغ ان دخل بزوجته المطيقة للوطء ثم ظهر بها عيب ترد به بلا شرط ولم يحصل منه ما يوجب الرضى بالعيب وطلقها بعد الرفع للقاضي كما مر وجب عليه ان يدفع لها جميع ما سماه لها لانها استحقته بالدخول ولو كان الزوج عنينا او مجبوبا على طريقة ابن الحاجب قائلا لان الذي وقع العقد لاجله قد حصل واقتصر عليه صاحب المختصر خلافا لابن عرفة حيث قصر الكلام على من يتاتى منه الوطء الكامل كالابرص لا من كان ذكره صغيرا جدا او لا ذكر له واذا دفع الزوج لها صداقها رجع به على ابيها او ابنها او اخيها وكل من غرم من هؤلاء الصداق لا يرجع على الزوجة بشيء منه وتفوز بما قبضته حيث لم تحضر العقد فان حضرت مجلس العقد رجع الزوج على الولي او عليها ثم يرجع الولي عليها ان اخذه الزوج منه لا العكس وان علم السالم بعيب الاخر قبل الدخول وفارق فانه لا شيء للزوجة من الصداق لان العيب ان كان بها فهي غارة وان كان بالزوج فالفراق جاء من قبلها وسواء كان العيب يوجب الرد مطلقا او بمقتضى الشرط ، وان زوجها ولي بعيد كابن العم ممن يخفى عليه امرها ودخل بها الزوج غير عالم بعيبها ثم فارقها بسبب العيب فلا رجوع للزوج عليه بشيء مما اخذته الزوجة من الصداق وانما يرجع الزوج عليها بجميعه بحيث لا يكون لها منه إلّا ربع دينار

لانه في مقابلة البضع وهو حق لله تعلى اما العيب الذي لا يوجب الرد إلّا بشرط فان كان الرد قبل البناء فلا شيء لها كما مر وان كان بعد البناء فانها ترد الى صداق امثالها ويسقط عنه ما زاده لاجل السلامة ما لم يكن صداق المثل اكثر من المسمى فيدفع لها المسمى فقط ولا يرجع عليها بجميع الصداق فايس كالعيب الذي يثبت به الخيار بلا شرط (قلت) لو زاد الناظم رحمه الله تعلى بعد قوله • وان يقل وطئت اثناء الامد • فقوله مع اليمين معتمد • بيتين وهما

وان ابى من اليمين طلقت * بعد يمينها وإلّا ابقيت
وان نفى الوطء بكل حال * طلقها وان ابى فالوال

ويقول ءاخر الفصل

ويرجع الزوج بكل ما نقد * عن الولي الاقرب الذي عقد
كذا البعيد ان يكن لا يخفى * عليه ذاك ويراه عرفا
وعنه او عنها اذا ما اجتمعا * في مجلس النكاح الزوج رجعا
وإلّا فالزوج عليها يرجع * وربع دينار فقط لا ينزع
ان كان من بعد البنا ذاك حصل * وقبله ليس لها شيء جعل
كردها بعيبه قبل البنا * وبعده لها الصداق بينا
وان اتت بولد قل حرا * من زوجها الحر الذي قد غرا

(ولما) كان الايلاء والظهار قد يتسبب عنهما الطلاق كما يتسبب عن عيوب الزوجين ذكرها عقبه فقال

فصل في الايلاء والظهار

اي هذا فصل في مسائل من احكام الايلاء والظهار • والاصل في مشروعية الايلاء قول الله عز وجل للذين يولون من نسائهم تربص اربعة اشهر فان فاؤوا فان الله غفور رحيم • وقد ثبت في الصحيح ان النبيء صلى الله عليه وسلم ءالى من نسائه ،

واما الظهار فلم يقع منه عليه الصلاة والسلام لانه منكر من القول وزور كما قال الله تعلى وذلك حرام وفعل الحرام في حق الانبياء عليهم الصلاة والسلام محال كما في ابن العربي وغيره (والايلاء) لغة اليمين يقال ءالى يؤلي وائتلى يأتلي قال الله تعلى ولا يأتل اولو الفضل منكم الاية ، وقال ابن العربي الايلاء في لسان العرب هو الحلف والفيء هو الرجوع ، وقال في المصباح الالية الحلف والجمع الايا مثل عطية وعطايا قال الشاعر

قليل الالايا حافظ ليمينه * فان سبقت منه الالية برت

وءالى ايلاء مثل ءاتى ايتاء اذا حلف فهو مول وتالى وائتلى كذلك اه (وشرعا) عرفه الامام ابن عرفة بقوله حلف الزوج على ترك وطء زوجته يوجب خيارها في طلاقه اه (فقوله) زوج يشمل الحر والعبد والمراد به المكلف المسلم لان الكافر لا ينعقد ايلاؤه عندنا لانه غير مغفور له اذا فاء ، وقوله على ترك وطء زوجته اخرج به ما اذا حلف على ترك غير الوطء كما اذا حلف على ترك كلامها او الانفاق عليها مثلا على المشهور ، وقال ابن العربي الصحيح انه مول لوجود المضارة وقد قال الله تعلى وعاشروهن بالمعروف ، وقوله زوجته احترز به من الاجنبية او امته ، وقوله يوجب خيارها اخرج به الحلف على ترك الوطء الذي لا يوجب خيارها كحلفه على ترك الوطء اربعة اشهر عندنا فاقل اتفاقا او كان الزوج لا يتاتى منه الوطء كالعنين والمجبوب كما ياتي في كلام الناظم او كان يتاتى منه الوطء لكنه غير مكلف او كانت الزوجة مرضعا وقصد بذلك اصلاح الصغير او كانت صغيرة لا توطأ عادة فلا يوجب حلفه على ترك وطئها خيارا لها في جميعها ، وقد اعترض على الشيخ في قوله يوجب خيارها بانه من ادخال الحكم في الحد وهو ممنوع عند اهل النظر واجيب باجوبة يطول ذكرها منها ان التعريف الذي ذكره الشيخ رسم في الحقيقة لا حد وعليه فلا مانع من ذلك (وعرفه) الشيخ خليل بقوله الايلاء يمين زوج مسلم مكلف يتصور وقاعه وان مريضا يمنع وطء زوجته وان تعليقا غير المرضع وان رجعية اكثر من

اربعة اشهر او شهرين للعبد ولا ينتقل للعتق بعده كوالله لا اراجعك او لا اطؤك
(تنبيه) قال الزرقاني فان ءالى عاقلا ثم جن وكل الامام من ينظر له فان رأى ان
لا يفيء طلق عليه وان رأى انه يفيء كفر عنه او اعتق ان كانت يمينه بعتق قاله
اصبغ فان وطء حال جنونه فهل هو فيئة ويحنث ويكفر عنه نظرا لحال اليمين وهو قول
اصبغ او لا يحنث ويسقط حقها في الوقف ويستأنف له اجل اذا عقل وهو قول
اللخمي نظرا لحال الحنث على قوله يلغز ويقال لنا مول يحصلت منه فيئة وسقط طلبه بها
مع بقاء الايلاء عليه واقتصر المواق على ما للخمى وهو المذهب وكلام اصبغ ضعيف اهـ
قال البناني الا ان قوله ويستانف له اجل اذا عقل وهو قول اللخمي الخ فيه نظر اذ
لم يقل اللخمي يسانف له اجل اهـ . وقد اشار الناظم الى تعريفه وبعض احكامه فقال

(ومن لوطء بيمين منعه * لزوجة فوق شهور اربعه) 488

(فذلك المولى وتاجيل وجب * له الى فيئته لما اجتنب) 489

يعني ان الزوج المسلم المكلف الذي يمكن وقاعه اذا حلف على ترك وطء زوجته
غير مرضع ولا صغيرة فوق اربعة اشهر اذا كان حرا او اكثر من شهرين اذا كان
عبدا فهو المولي وظاهر قوله فوق شهور اربعة انه يكون موليا ولو زاد عليها يوما
وهو كذلك كما في ابي الحسن . وكيفية العمل في ذلك انه يجب على القاضي اذا قامت
زوجة المولى لديه بحقها ان يوجله اجل الايلاء الاتي بيانه الى فيئته ورجوعه الى
وطئها الذي اجتنبه بيمينه والفيئة هي تغييب الحشفة في القبل او افتضاض البكر او
التكفير عن يمينه فان وطئي داخل الاجل او كفر عن يمينه انحل ايلاؤه وان
انقضى الاجل ولم يرجع الى وطء زوجته اوقفه القاضي فاما فاء وإلّا طلق عليه بعد
الامهال ان وعد به واختبر المرة بعد المرة فان لم يرجع طلق عليه كما لو لم يحصل
منه وعد بالوطء فان ادعى الوطء صدق بيمينه فان نكل حلفت انه لم يطأها ويقع
الطلاق عليه ان شاءت فان نكلت سقطت دعواها لان نكولها تصديق له (فائدة)

قال ابن العربي قال عبد الله بن عباس كان إيلاء اهل الجاهلية السنة والسنتين واكثر من ذلك فوقت لهم اربعة اشهر فمن الى اقل من اربعة اشهر فليس بإيلاء حكمي اه وهذا دليل لمن يرى ان الايلاء اربعة اشهر ورد بامور منها عدم معقولية الذين يولون من نسائهم اربعة اشهر تربص اربعة اشهر قاله ابن العربي (فرع) وفيه اذا قال بالله لا اطؤها مدة كذا إلّا ان يشاء الله قال ابن القاسم يكون موليا وقال عبد الملك ابن الماجشون ليس بمول وهذا الخلاف ينبني على اصل وهو معرفة فائدة الاستثناء فرأى ابن القاسم ان الاستثناء لا يحل اليمين وانما هو بدل من الكفارة ورأى ابن الماجشون انه يحلها وهو مذهب فقهاء الامصار وهو الصحيح لانه يتبين به انه غير عازم على الفعل ولهذه النكتة قال مالك انه اذا اراد بقوله إلّا ان يشاء الله معنى قوله ولا تقولن لشيء اني فاعل ذلك غدا إلّا ان يشاء الله ومورد الاشياء كلها الى مشيئة الله تعلى فلا تنيا له لان الحال في الحقيقة كذلك وان اراد بهذا القول حل اليمين فانها تنحل عنه اه (قلت) والذي يقصده الناس اليوم هو الثاني اما الاول فلا يعرفونه ولا يلتفتون اليه وان الذي اختاره ابن رشد كما في ايمان الحاوي نقلا عن ابي عمران الفاسي ان الاستثناء ينفع في كل يمين حتى في الطلاق والعتاق • وقول الناظم لوطء اللام زائدة وبيمين متعلق بمنعه وضميره عائد على وطء وقوله

(واجل الايلاء من يوم الحلف * وحانث من يوم رفعه ائتنف)

(ويقع الطلاق حيث لا يفي * إلّا على ذي العذر في التخلف)

يعني ان الاجل الذي يضربه القاضي للمولى وهو اربعة اشهر للحر وسواء كانت زوجته حرة او امة وشهران للعبد كانت زوجته حرة او امة ايضا للرجوع الى وطء زوجته يكون من يوم الحلف ان كانت يمينه منعقدة على بر سواء كانت يمينه صريحة في كون المدة اكثر من اربعة اشهر كوالله لا اطؤك ابدا او خمسة اشهر او محتملة لاقل كقوله والله لا اطؤك حتى يقدم زيد او يموت عمرو وان كانت يمينه منعقدة على حنث كما

لو قال ان لم ادخل الدار فانت طالق بناء على انه يمين فابتداء الاجل من يوم رفعه للحاكم بعد ثبوت ما يترتب عليه الحكم فان انقضى الاجل ولم يرجع الى الوطء اولم يفعل المحلوف عليه فان الطلاق يقع عليه بعد الامهال ان وعد به او عاجلا كما مر فيامره الحاكم بالطلاق فان امتنع طلق عليه او يامر الزوجة به فتطلق نفسها ان شاءت ثم يحكم ومحله اذا كان المولى غير معذور عند انقضاء الاجل كمريض ومسجون وغائب ويرسل اليه اما ان كان معذورا فلا تطلق عليه بنفس انقضاء الاجل بل يمهل باجتهاد الحاكم حتى يمكنه ذلك فان امكنه ولم يرجع طلقت عليه ان طلبت ذلك وقوله

(وعادم للوطء للنساء * ليس له كالشيخ من إيلاء)

يعنى ان العاجز عن الوطء كالشيخ الفاني والمجبوب والعنين ومن قطع ذكره فقط اذا آلى فان ايلاءه لا ينعقد ولا ينبني عليه حكم . وقوله

493 (واجل المولى شهور اربعه)

يعني ان من حلف على ترك وطء زوجته اكثر من اربعة اشهر وهو المسمى بالمولى اذا رفعت زوجته امرها للحاكم فانه يضرب له اجل الايلاء اربعة اشهر لقول الله تعلى والذين يولون من نسائهم تربص اربعة اشهر فان فاؤوا فان الله غفور رحيم وهذا بيان لقوله المتقدم وتاجيل وجب . له الى فيئته لما اجتنب . هذا للحر واما العبد فاجل ايلائه شهران كما ياتي للناظم وقوله

(suite) 493 (واشترك التارك للوطء معه)

(في ذاك حيث الترك قصدا للضرر * من بعد زجر حاكم وما انزجر)

495 (بعد تلوم

يعني ان الزوج اذا امتنع من وطء زوجته من غير حلف قاصدا بذلك ضررها ورفعت امرها للحاكم فانه يزجره بما يناسب مقامه فان رجع فلا اشكال وان لم

يرجع تاوم له بالاجتهاد فان انقضى التلوم واستمر على امتناعه ضرب له اجل الايلاء واليه الاشارة بقوله واشترك التارك للوطء معه اي مع المولى في ذلك التاجيل باربعة اشهر بعد التلوم . وما درج عليه الناظم في هذا الفرع خلاف المشهور والقول المشهور انها تطلق عليه بعد التاوم من غير ضرب اجل (ولما) فرغ من الكلام على الايلاء شرع يتكلم على الظهار وهو قول الرجل لزوجته او امته انت علي كظهر امي . والظهار لغة ماخوذ من الظهر لان الوطء ركوب والركوب يكون على الظهر غالبا (وعرفه) الامام ابن عرفة بقوله الظهار تشبيه الزوج زوجته او ذي امة حل وطؤه اياها بمحرم منه او بظهر اجنبية في تمتعه بهما والجزء كالكل والمعاق كالحاصل اه (فقوله) بمحرم بفتح الميم والراء وقوله في تمتعه هو وجه الشبه وباقيه ظاهر . وعرفه الشيخ خليل بقوله تشبيه المسلم المكلف من تحل او جزؤها بظهر محرم او جزئه ظهار اه فالمسلم يشمل الزوج والسيد اما الكافر فلا يصح ظهاره ولو رفع امره الينا عندنا والمكلف يشمل الحر والعبد . وتذكير الاوصاف يقتضي ان الظهار لا يقع من المرأة وهو كذلك كما في احكام ابن العربي . وحكمه الحرمة لانه كبيرة قال الله تعلى الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن امهاتهم ان امهاتهم إلّا اللئي ولدنهم وانهم ليقولون منكرا من القول وزورا وان الله لعفو غفور والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتماسى ذلكم توعضون به والله بما تعملون خبير فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا الاية . وكان طلاقا في الجاهلية واول الاسلام حتى ظاهر اوس بن الصامت من امرأته فرفعت امرها الى النبي صلى الله عليه وسلم كذا جاء في بعض الروايات وقالت له يا رسول الله لن زوجي أكل شبابي وفرشت له بطني فلما كبر سني ظاهر مني ولي صبية منه صغار ان ضممتهم اليه ضاعوا وان ضممتهم الي جاعوا وهو عليه الصلاة والسلام يقول لها اتق الله في ابن عمك فما برحت حتى نزل قول الله تعلى قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها الاية فقال عليه الصلاة والسلام

ليعتق رقبة قالت لا يجد قال فيصوم شهرين متتابعين قالت يا رسول الله انه شيخ كبير ما به صيام قال فيطعم ستين مسكينا قالت ما عنده من شيء يتصدق به قال فاني اعينه بفرق من التمر قالت يا رسول الله وانا ساعينه بفرق اخر قال قد احسنت فاذهبي واطعمي ستين مسكينا وارجعي الى ابن عمك الحديث والفرق بالتحريك ستة عشر رطلا وبالتسكين سبعمائة وعشرون رطلا والوارد الاول وهو الظاهر (تنبيهات) الاول من غضب فظاهر من امراته لم يسقط غضبه حكمه ، وفي طرق هذا الحديث قال يوسف بن عبد الله بن سلام حدثتني خولة امرأة اوس بن الصامت قالت كان بيني وبينه شيء فقال انت علي كظهر امي ثم خرج الى نادي قومه فقولها كان بيني وبينه شيء دليل على منازعة احرجته فظاهر منها والغضب لغو لا يرفع حكما ولا يغير شرعا وكذلك السكران يلزمه حكم الظهار اذا عقل (الثاني) قال ابن العربي فيما اوردناه من هذا الخبر دليل على ان النبي صلى الله عليه وسلم حكم في الظهار بالفراق وهو الحكم بالتحريم بالطلاق حتى نسخ الله ذلك بالكفارة وهذا نسخ في حكم واحد في حق شخص واحد في زمانين وذلك جائز عقلا واقع شرعا (الثالث) قال الشافعي اذا ظاهر من اجنبية بشرط الزواج لم يكن ظهارا وعندنا يكون ظهارا كما لو طلقها كذلك للزمه الطلاق اذا تزوجها لانها من نسائه حين شرط نكاحها على المشهور اه (قات) ومقابل المشهور وهو القول الشاذ اقوى من جهة الدليل كما سياتي في باب الطلاق (الرابع) اذا ظاهر من اربع نسوة في كلمة واحدة فلا تلزمه إلّا كفارة امرأة واحدة (الخامس) اذا قال انت علي كامي فان نوى ظهارا كان ظهارا وان نوى طلاقا كان طلاقا وان لم تكن له نية كان ظهارا ، وقال الشافعي وابو حنيفة ان لم ينو شيئا لم يكن شيء ، واذا قال انت علي حرام كظهر امي كان ظهارا ولم يكن طلاقا لان قوله انت حرام يحتمل التحريم بالطلاق وهو مطلقه ويحتمل التحريم بالظهار فلما صرح به كان تفسيرا لاحد الاحتمالين فقضي به فيه قاله ابن العربي ، وقيل يؤخذ بالطلاق مع الظهار (السادس) اذا نوى

الطلاق بصريحه كقوله انت علي كظهر امي فلا يلزمه إلَّا الظهار في الفتوى وكذا في القضاء على الارجح كما في الدردير قال الدسوقي على قوله وهو الارجح ما نصه فقد نقل في التوضيح عن المازري ان المشهور عدم الانصراف للطلاق وكذا قال ابو ابراهيم الاعرج المشهور في المذهب ان صريح الظهار لا ينصرف للطلاق وان كل كلام له حكم في نفسه لا يصح ان يضمر به غيره كالطلاق فانه لو اضمر به غيره لم يصح وانه لو اضمر هو بغيره لم يصح زاد ابن محرز وكذلك لو حلف بالله وقال اردت بذلك طلاقا او ظهارا لم يكن له ذلك ولا يلزمه إلَّا ما حلف به وهو اليمين بالله اه (السابع) قال ابن العربي الظهار يحرم جميع انواع الاستمتاع خلافا للشافعي في احد قوليه لان قوله انت علي كظهر امي يقتضي تحريم كل استمتاع اه ، وحيث كان الظهار من زوجته لا يحل له الاستمتاع بها إلَّا بعد التكفير فان امتنع منه ورفعت زوجته امرها للقاضي فانه يضرب له اجل الايلاء ويجري عليه حكم المولي واليه اشار الناظم بقوله

495 (وفي الظهار * لمن ابى التكفير ذاك جار)

فالاشارة بذلك للتاجيل بشهور اربعة ، وقوله

(واجل المظاهر المأثور * من يوم رفعه هو المشهور)

(من بعد ان يومر بالتكفير * وهي على الترتيب لا التخيير)

يعني ان اجل المظاهر الذي يضرب له كاجل الايلاء يكون من يوم رفعه للحاكم وهو الرواية المشهورة وقيل من يوم الظهار وذلك بعد ان يومر بالتكفير ويمتنع من اداء الكفارة وهي على الترتيب لا على التخيير كما مر في الاية والحديث (تنبيه) من تعدى حدود الله واستمتع قبل اداء الكفارة فانها لا تتعدد عليه (فرع) لو طلق المظاهر زوجته بعد الظهار ثم عادت اليه بنكاح جديد لم يطأها حتى يكفر خلافا للشافعي قاله ابن العربي ، وقول الناظم المأثور اي المروي بالرفع نعت لاجل وقوله

498 (كذلك ايضا ما له ظهار * من لا على الوطء له اقتدار)

يعني ان من لا قدرة لـه على الوطء كالمجبوب لا يلزم ظهاره ولا يصح كما لا يصح ايلاؤه ولا يلزم وما درج عليه الناظم احد قولين في المسئلة وقيل يصح ظهاره وهو الراجح وبه صدر ابن الحاجب فقال ويصح ظهار العاجز عن الوطء لمانع فيه او فيها كالمجبوب والرتقاء وقال سحنون لا يصح اهـ (قلت) وهذا الخلاف مبني على قاعدة وهي ان المظاهر هل يمنع من الاستمتاع مطلقا وقد تقدم قريبا او من الوطء فقط خلاف فعلى الاول يصح من المجبوب ونحوه لان الاستمتاع يقع منه بدون وطء وعلى الثاني لا يصح منه لانه لا يقدر على الوطء ولكل وجهة هو موليها والله اعلم

499 (وان يكـن مظاهر او مولي * عبدا يؤجل نصف ذا التاجيل)

500 (ثم الطلاق في انقضاء الاجـل * بعـد تقضي الموجبات الاول)

يعني ان المظاهر او المولي اذا كان عبدا فانه يؤجل نصف اجـل الحر وهو شهران ثم ان كفر الحر او العبد في اثناء الاجل في الظهار او رجع لوطء زوجته في الايلاء فالحكم ظاهر وإلَّا طلقت عليه عند انقضاء الاجل بعد الامهال ان وعد به كما مر ولا بد من تحصيل الموجبات الاول بضم الهمزة من ثبوت الزوجية والظهار والايلاء والامتناع من التكفير او الوطء وعدم رضى الزوجة بالمقام معه على تلك الحالة والاعذار اليه بابقيت لك حجة فتقديمها على الحكم شرط في صحته وقـوله يؤجل بالسكون (ولما) كان الطلاق في هذه المسئلة رجعيا لقول الفقهاء رحمهم الله تعـلى كل طلاق يوقعه الحاكم فهو بائن إلَّا طلاق المولى والمعسر بالنفقة اشار الناظم الى الفرع الاول منهما بقـــوله

501 (ويملك الرجعة فيما اصدرا * من فاء في العدة او من كفرا)

منطوق البيت تصوره ظاهر ولا تتوقف رجعتها على اذنها ولا على رضاها كما يـاتي

في الرجعة ، ومفهوم قوله فاء في العدة انه اذا ارتجع في العدة بدون فيئة بوطء ولا تكفير فان رجعته لا تصح وهو كذلك قال صاحب المختصر وتتم رجعته ان انحل (تنبيه) انما يكون طلاق المولى رجعيا ان وقع الدخول بها او ثبت وطؤها قبل البناء ولم تبلغ الثلاث وإلّا فلا رجعة كما في ابن الحاجب وغيره ، وقول الناظم اصدرا ضميره يعود على الحاكم والفه للاطلاق كالف كفرا بتشديد الفاء وضمير فاء عائد على من الاولى الواقعة على المولي وفي العدة متعلق به وضمير كفر يعود على من الثانية الواقعة على المظاهر ومتعلقه محذوف اي في العدة دل عليه المذكور ثم قال

فصل في اللعان

اي هذا فصل في بيان مسائل من اللعان (اعلم) ان مباحث هذا الفصل التي يكون الكلام فيها خمسة (الاول) في بيان معنى اللعان لغة واصطلاحا (الثاني) في مشروعيته (الثالث) في حكمته (الرابع) في حكمه (الخامس) في اركانه واسبابه وشروطه وموانعه (فاما) معناه لغة فهو الابعاد يقال لعنه الله اذا ابعده ، وفي المصباح لعنه لعنا من باب نفع طرده وابعده او سبه فهو لعين وملعون ولعن نفسه اذا قال ابتداء عليه لعنة الله والفاعل لعان قال الزمخشري والشجرة الملعونة هي كل من ذاقها كرهها ولعنها وقال الواحدي والعرب تقول لكل طعام ضار ملعون ولاعنه ملاعنة ولعانا وتلاعنوا لعن كل واحد الاخر والملعنة بفتح الميم والعين موضع لعن الناس لما يؤذيهم هناك كقارعة الطريق ومتحدثهم والجمع الملاعن ولاعن الرجل زوجته قذفها بالفجور وقال ابن دريد كلمة اسلامية في لغة فصيحة اهـ وهو مشتق من اللعنة التي في خامسة يمين الزوج ولم يسم بالغضب الذي في خامسة يمين الزوجة تغليبا للمذكر على المؤنث على مقتضى القاعدة ولان الرجل سابق وسبب في لعانها وجانبه اقوى من جانبها لانه قادر على الائتلاف بالترك لان العصمة بيده دونها ، واصطلاحا عرفه الامام ابن عرفه بقوله هو حلف الزوج على زنى زوجته او نفي حملها اللازم

له وحلفها على تكذيبه ان اوجب نكولها حدها بحكم قاض اهـ (فقولـه) الزوج الشامل للحر والعبد احترز به من السيد سواء كان حرا او عبدا فانه لا لعان عليه اذا نفى حمل امته او ام ولده وهو مصدق بلا يمين ويكون في معنى الزوج من وطـئ امرأة اشتبهت عليه بزوجته ولا زوج لها فتاتي بحمل لستة اشهر فاكثر فتدعي انه منه وينفيه بلعان واما لرؤية الزنى فلا يتصور (وقـوله) على زنى زوجته الخ سوآء كان النكاح صحيحا او فاسدا احترز به من رميها بمقدمات الجماع فانـه لا لعان فيه (وقوله) ان نفي حملها زاده ليدخل فيه ما اذا نفى الولد قال شارحه وهذه الصورة هي المقصودة في اللعان كما في التوضيح (وقوله) اللازم له احترز به مما لو اتت به لاقل من ستة اشهر من يوم العقد فانه منتف عنه من غير لعان (وقوله) او اوجب نكولها حدها احترز به مما لو ثبت غصبها ونفى الولد فيلاعن فيه هو وحده دون الزوجة ولا حد عليها ان نكلت (وقوله) بحكم قاض احترز به مما لو تلاعنا بدون حكم فهو كالعدم ولا ينبني عليه حكم من الاحكام الاتية وكذا يحترز به عما لو سكت عند الوضع ثم اراد ان ينفيه بلعان فلا يقبل منه كما ياتي في الموانع او حلف كل واحد منهما يمينا واحدة فانه لا يكون لعانا اذ لا يحكم به القاضي لنقصانه (واما) مشروعيته فهي ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع (امـا) الكتاب فهو قول الله تعلى والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء إلّا انفسهم فشهـادة احدهم اربع شهادات بالله انه لمن الصادقين والخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ويدرأ عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين والخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين ، واما السنة فقد ثبت ان النبيء صلى الله عليه وسلم حكم بلعان عويمر العجلاني زوجته وهلال بن امية ايضـا فقد رمى الاول زوجته بانه رءاهـا مع رجل والثـاني قذف امرأته برجل ، واما الاجماع فقد حكاه الفكهاني وغيره ، واما حكمته فلحفظ الحقوق والانساب ، واما حكمه فقد يكون واجبا لضرورة دفع النسب اذا كان عالما انه ليس منه لان ترك اللعان فيه مفسدة عظيمة اذ لا يجوز لاحد ان يستلحق بنسبـه

من ليس منه قال الله تعلى ادعوهم لابائهم هو اقسط عند الله الاية ولا ضرورة تدعوه لترك اللعان اذا كان صادقا كما قاله ابو الحسن وقال ابن عرفة ان كان لنفي نسب وجب وإلّا فالاولى تركه بترك سببه فان وقع صدقا وجب لدفع معرة القذف اهـ (فقوله) بترك سببه الخ سبب اللعان هو الرمي والقذف بالزنى وتركه بان يسكت عما رءاه فان لم يترك القذف وكان صادقا فيه وجب عليه اللعان لدفع المعرة التي تحصل له بالقذف لانه اذا امتنع من الالتعان مع القذف حد والحد معرة ، واما اركانه فالزوج والزوجة ، واسبابه رؤية الزنى او نفي الحمل ، وشروطه الاسلام والبلوغ والعقل ودعوى الاستبراء او عدم الوطء في نفي الحمل ، وموانعه السكوت او الوطء بعد العلم وستمر بك مفصلة ان شاء الله تعلى وبدا الناظم بالاركان والاسباب وبعض الشروط فقـــــــال

(وانما للزوج ان يلتعنا * لنفي حمل او لرؤية الزنى)

(مع ادعائه للاستبراء * وحيضة بينة الاجزاء)

يعني ان اللعان لا يكون إلّا للزوجين ولو فسد نكاحهما او كان نكاح شبهة كما مر اوكان فاسقين او رقيقين بشرط اسلام الزوج وتكليفه ولو عنينا او هرما او مقطوع الذكر او الانثيين او ذاهب البيضة اليسرى او مجبوبا لكن في الرؤية والقذف واما في نفي الحمل فلا لعان على المجبوب ولا على الخصي بقسميه بل ينتفي عليه حملها الذي ادعت به عليه بغير لعان كحمل زوجة الصبي ، ويشترط في الزوجة ان تكون مطيقة للوطء ولو كتابية او غير مدخول بها او لم تكن في العصمة بان فارقها فالبالغ تلاعن كالزوج والمطيقة يلاعن زوجها دونها وغير المطيقة لا لعان على واحد منهما ولا حد على الزوج لعدم لحوق المعرة لها ، وسبب اللعان بين الزوجين امران احدهما نفي حمل ظهر بها او ولد ولو ميتا او متعددا (ثانيهما) رؤية الزني ولو لم يقل رايت فرج الزاني في فرجها كالمرود في المكحلة بل يكفي ان يقول رايتها تزني او تحققت

زناها لان الرؤية ليست بقيد بل يكفي التيقن ولو من البصير فلو قال الناظم لنفي حمل او تيقن الزنى لكان اشمل فان الاعمى يلاعن حتى في دعوى الزنى حيث تيقنه بجس او بجس على المشهور خلافا لظاهر النظم لانه يوهم قصره على البصير من تعبيره بالرؤية ، وانما يلتعن في نفي الحمل اذا ادعى الاستبراء بالوضع او بالمدة او بالحيض ولو مرة فانها تجزئى او ادعى عدم الوطء بالكلية لا مع عدمها فلا لعان ويحد للقذف كما لا يلتعن عند وجود الموانع الاتية عند قول الناظم وساكت والحمل حمل بين البيت وقوله يلتعنا الفه للاطلاق ومع ادعائه متعلق به ، وقوله وحيضة بينة الاجزاء مبتدا وخبر والاجزاء بكسر الهمزة مضاف اليه من اجزأ ، وقوله

(ويسجن القاذف حتى يلتعن * وان ابى فالحد حكم يقترن)

يعني ان من رمى زوجته بالزنى او نفى حملها اللازم له فانه يلاعن اذا كذبته في ذلك فان امتنع من اللعان سجن حتى يلتعن فان ابى حكم عليه بحد القذف ، وقوله فالحد الفاء رابطة لجواب الشرط والحد مبتدا وحكم خبره وجملة يقترن صفة لحكم ومتعلقه محذوف اي بامتناعه وقوله

(وما بحمل بثبوته يقع * وقد اتى لمالك حتى تضع)

يعني ان اللعان اذا كان بسبب نفي حمل فانه يقع بثبوته ثبوتا ظاهرا بشهادة امرأتين عارفتين هذا هو المشهور وروي عن مالك تاخير اللعان الى وضع الحمل خوف انفشاش ما اعتقد انه حمل بعد اللعان ، وقوله وما بحمل الخ فما اسم موصول مبتدا واقع على اللعان وبحمل متعلق بمحذوف تقديره وجب والباء سببية والجملة صلة ما ، وقوله بثبوته متعلق بيقع وجملة يقع خبرا لمبتدا وقوله

(ويبدا الزوج بالالتعان * لدفع حد اربع الايمان)

(اثباتا او نفيا على ما وجبا * مخمسا بلعنة ان كذبا)

(وتحلف الزوجة بعد اربعا * لتدرأ الحد بنفي ما ادعى)
(تخميسها بغضب ان صدقا * ثم اذا تم اللعان افترقا)
(ويسقط الحد وينتفي الولد * ويحرم العود الى طول الامد)
(والفسخ من بعد اللعان ماض * دون طلاق وبحكم القاضي)

الابيات الستة تضمنت كيفية اللعان التي يحكم بها القاضي بين الزوجين هو ان يبدأ الزوج باللعان لدفع حد القذف عنه ان كانت الزوجة حرة مسلمة او الادب ان كانت امة او كتابية فيحلف الاربع الايمان المذكورة في قول الله تعلى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله الاية المتقدمة على الصيغة الواجبة شرعا اثباتا في الزنى فيقول اشهد بالله لرايتها تزني او تيقنتها تزني او نفيا في الحمل فيقول اشهد بالله ما هذا الحمل مني ولا بد من لفظ اشهد على ما جاء في الصيغة مخمسا باللعنة فيقول لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ثم تحلف الزوجة على نفي دعواه ليرتفع عنها الحد بعد ان تخوف ان عذاب الدنيا اهون من عذاب الاخرة اربع ايمان نفيا في الزنى تقول في كل واحدة اشهد بالله ما رءاني ازني او ما زنيت او اثباتا في الحمل تقول في الحمل اشهد بالله ان هذا الحمل منه وتخمس بالغضب فتقول غضب الله عليها ان كان من الصادقين فان بدات قبله اعادت على القول الراجح فاذا تم اللعان منهما على الكيفية الواردة شرعا افترقا من غير احتياج الى حكم حاكم على المشهور ويسقط الحد وينتفي الولد عن الزوج ويحرم عودها اليه ابدا وتستحق مهرها ففي الصحيحين وغيرهما من حديث ابن عمر رضي الله تعلى عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال للمتلاعنين حسابكما على الله احدكما كاذب لا سبيل لك عليها قال يا رسول الله مالي قال لا مال لك ان كنت صدقت عليها فهو بما استحللت من فرجها وان كذبت عليها فذاك ابعد وابعد لك منها قال بعض الشيوخ ففي الحديث دلالة على ثبوت مهر الملاعنة بالدخول

وهذا مجمع عليه كذا في النفراوى . وحاصل ما ينبني على اللعان ثلاثة احكام من جهة الزوج وهي درأ الحد عنه ونفي الولد وايجاب حد المرأة ان لم تلاعن وثلاثة احكام ايضا من جهة الزوجة وهي وقوع الفسخ بلا طلاق وسقوط الحد عنها وتابيد التحريم . وقول الناظم وبحكم القاضي معطوف على دون والباء بمعنى مع والتقدير ان فرقة المتلاعنين هو فسخ بلا طلاق لكن لا تقع الفرقة حتى يحكم بها القاضي وما ذكره من توقف الفرقة على حكم القاضي شاذ لا يعول عليه والمشهور ما تقدم من ان النكاح يفسخ بينهما بمجرد تمام اللعان من غير طلاق ولا احتياج الى حكم القاضي والله اعلم (فرع مرتب) وهو ان نكلت الزوجة بعد حلف الزوج رجمت بالحجارة الى ان تموت ان كانت حرة محصنة بفتح الصاد بوطء تقدم من هذا الزوج الملاعن او من زوج غيره في نكاح صحيح لازم وحصل فيه وطء مباح بانتشار ذكر المسلم المكلف فان لم تكن محصنة جلدت مائة جلدة حيث كانت حرة مسلمة مكلفة فان كانت امة حدت نصف الحد خمسين جلدة وان كانت كتابية ادبت باجتهاد الحاكم لانها اذت زوجها وردت لحكام ديانتها بعد تاديبها لاحتمال استحقاقها الحد عندهم بنكولها وإن نكل الزوج حد لقذفها ثمانين جلدة حيث كان حرا مكلفا وكانت الزوجة حرة عفيفة ولحق به الولد لان الولد للفراش لا ينتفي إلّا بلعان فان كان الزوج صبيا والزوجة بالغة فان رماها بالزنى فلا لعان ولا حد عليه وانما يؤدب وان ظهر بها حمل فلا يؤدب وينتفي عنه الولد بغير لعان وعليها الحد . وان كان بالغا وهي صغيرة فان لم تطق الوطء فلا حد ولا لعان ايضا وان كانت مطيقة للوطء التعن دونها كما مر فان كان الزوج عبدا مكلفا والزوجة حرة مكلفة تلاعنا فان نكل حد نصف حد الحر للقذف فان كانت كتابية او امة فلا حد عليه كذا في الفواكه الدواني على رسالة الشيخ ابن ابي زيد القيرواني للعلامة النفراوي . وقوله

(ومكذب لنفسه بعد التحق * ولده وحد والتحريم حق)

(وراجع قبل التمام منهما * يحد والنكاح لن ينفصما)

يعني ان من لاعن زوجته وبعد تمام اللعان منهما اكذب نفسه فان الولد يلحق به ويحد حد القذف ان كانت الزوجة حرة مسلمة عفيفة على نحو ما مر واما التحريم فانه امر واجب قد مضى فلا ترجع له ابدا ، وان اكذب نفسه قبل تمام اللعان فانه يحد كذلك ونكاحهما باق على حاله لم ينفسخ هذا معنى قوله والنكاح لن ينفصما اي لا ينقطع ، وقوله ومكذب لنفسه الخ مبتدا وجملة التحق ولده من الفعل والفاعل خبره والعائد محذوف تقديره به وبعد مبني على الضم (ثم) شرع في بيان موانع اللعان التي تقدمت الاشارة اليها فقال

(وساكت والحمل حمل بين * يحد مطلقا ولا يلتعن)

(ومثله الواطئي بعد الرؤية * ويلحق الولد حد الفرية)

يعني ان الزوج المكلف المسلم اذا رأى حملا بينا بزوجته وسكت ثم اراد نفيه بلعان فانه لا يقبل منه ولا يلتعن في ذلك ويلحق به الولد ويحد حد القذف المعبر عنه بالفرية ومعناها الكذبة وسواء كان سكوته كثيرا وهو ظاهر او قليلا كاليوم واليومين وعلى ذلك نبه بالاطلاق فهو راجع لقوله وساكت ، ومثله في عدم قبول قوله الذي رأى زوجته تزني فوطئها ثم اراد ان يلاعن فانه لا يلتعن ويحد فتحصل من كلامه ان الحمل يمنع من اللعان فيه احد امرين اما السكوت او الوطء واما الرؤية فلا يمنع اللعان فيها إلّا الوطء خاصة ولو طال سكوته فلا يضر ، وقوله

(وان تضع بعد اللعان لاقل * من ستة اشهر فالمهر بطل)

(وليس للتحريم من تابيد * اذ النكاح كان كالمفقود)

يعني ان من تزوج امرأة ولم يدخل بها وظهر بها حمل قبل البناء فانكره وادعت انه منه ولاعن ثم وضعته لاقل ستة اشهر من يوم العقد فان المهر يبطل ولا شيء عليه

منه وان كان قد دفع نصفه رجع به لظهور كونها في العدة حين العقد ولا يتابد تحريمها عليه الذي حصل باللعان لان النكاح الذي وقع كالمعدوم حسا لانه معدوم شرعا للاتفاق على فساده فهو مفسوخ شرعا مفقود حكما لا يصح فيه لعان ولا يترتب عليه طلاق ولا ميراث ولا غيرها ومفهوم قوله لاقل من ستة اشهر انها لو وضعته لستة اشهر فاكثر فلا يبطل المهر ولا التحريم وهو كذلك كما مر . ولما فرغ من الكلام على اسباب الطلاق الاجباري شرع يتكلم على الطلاق الاختياري فقـــــال

باب الطلاق والرجعة وما يتعلق بهما

اي من الاحكام كعدم افتقار الرجعة الى الولي والاذن والصداق والجبر عليها اذا طلق في الحيض ونحو ذلك (تمهيد) يتوجه النظر في هذا الباب الى بيان اصل مشروعية الطلاق والرجعة وبيان معنى كل واحد منهما لغة واصطلاحا وبيان اركان الطلاق وبيان نهاية عدده للحر والعبد وبيان حكمه واقسامه (فاما) الاصل في مشروعية الرجعة فقول الله عز وجل والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن ان كن يومن بالله واليوم الاخر وبعولتهن احق بردهن في ذلك ان ارادوا اصلاحا الاية . وقد طلق النبي صلى الله عليه وسلم حفصة بنت عمر رضي الله تعلى عنهما وارتجعها بامر من الله تعلى نزل عليه جبريل عليه السلام ان راجع حفصة فانها صوامة قوامة وهي زوجتك في الجنة . والرجعة بفتح الراء وكسرها وصوب الجوهري الفتح واستعملها الفقهاء بالكسر قال ابو فارس والرجعة مراجعة الرجل اهله وقد تكسر وهو يملك الرجعة على زوجته وطلاق رجعي بالوجهين كذا في المصباح وغيره . واصطلاحا عرفها الامام ابن عرفة بقوله هي رفع الزوج او الحاكم حرمة المتعة بالزوجة بطلاقها فتخرج المراجعة اه وذلك لان الرجعة من الطلاق الرجعي الاتي بيانه والمراجعة من الطلاق البائن ولذلك يعبرون فيها بالمفاعلة لاحتياجها الى الطرفين الزوج والولي كما سياتي . وادخل

بقوله او الحاكم صورة ما اذا طلق زمن الحيض وامتنع من الرجعة فان الحاكم يرتجعها له جبرا ويجوز له الوطء برجعته لانه نائب عنه ، وخرج بقوله حرمة الخ رفع الحلية فانه نفس الطلاق ، وخرج بقوله بطلاقها المتعلق بحرمة رفع حرمة الظهار بالتكفير والله اعلم (واما) الطلاق فالاصل فيه قول الله تعلى يايها النبيء اذا نكحتم المومنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها وقال تعلى يايها النبيء اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن ، وقد طلق النبيء صلى الله عليه وسلم حفصة كما مر والعالية الى غير ذلك من الايات والاحاديث الواردة في هذا الشان وانعقد الاجماع على جوازها لنص القرءان والسنة (واما) معناه لغة فهو الارسال والانحلال قال الفرابي نعجة طالق بغير هاء اذا كانت مخلاة ترعى وحدها فالتركيب يدل على الحل والانحلال ومن هنا قيل اطلقت القول اذا ارسلته من غير قيد ولا شرط واطلقت البينة اذا شهدت من غير تقييد بتاريخ كذا في المصباح ، وقال صاحب القاموس وطلقت من زوجها كنصر وكرم طلاقا بانت فهي طالق وطالقة واطلقها وطلقها اه فكأن ذات الزوجة موثوقة عند زوجها فاذا طلقها فقد ارسلها من وثاقه ولهذا يقول الناس هي في حبالك اذا كانت تحتك يقصدون بذلك انها مرتبطة عندك بعقد النكاح ارتباطا معنويا كارتباط الناقة الحسي في حبالها ويقال في المحجور كذلك ، وقال امام الحرمين هو لفظ جاهلي ورد الشرع بتقريره اه ، واصطلاحا عرفه الامام ابن عرفة بقوله الطلاق صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته موجبا تكررها مرتين للحر ومرة لذي الرق حرمتها عليه قبل زوج اه (فقوله) صفة كالجنس يشمل جميع الصفات سواء كانت وجودية تدرك بالحس كالبياض والسواد او بالعقل كالعلم والقدرة او تقديرية لا وجود لها ذهنا وخارجا كالطهارة والطلاق إلّا ان الشرع قدر وجودها في الشخص وقيامها به فكانها محيطة به ، وقوله حكمية احترز به من الصفة الوجودية بقسميها ، وقوله موجبا تكررها الخ احترز به من رفع الحلية بها بالدخول في الاحرام بالحج او العمرة او بالدخول في الاعتكاف او الصلاة ونحوها

وموجبا بالنصب على الحال او من صفة اما من ضمير ترفع جارية على غير صاحبها في المعنى وفي بعض النسخ بالرفع على انه نعت سببي لصفة ، وقوله تكررها بالرفع فاعل بموجب وتكرر مضاف وضمير الموصوف الذي هو الرابط مضاف اليه ، وحرمتها بالنصب مفعول بموجب . والتكرر هو ما بعد الطلقة الاولى . وقوله مرتين انما قيد به لان ذلك هو الموجب للتحريم والزائد لا اثر له ويقال الطلاق الثاني تكرر وكذا الثالث ولا يصدق على الاول انه متكرر اذ التكرر انما يكون بعد فرد فنهاية طلاق الحر ثلاث ونهاية طلاق العبد اثنتان كما ياتي (واما) اركانه من جهة توقف الماهية عليه فاربعة (الاول) الزوج اذا اراد ان يوقع الطلاق بنفسه فشرطه ان يكون مسلما على المشهور ، وان يكون بالغا فينفذ طلاق السفيه دون الصبي ولو ناهز البلوغ على المشهور لانه غير مكلف ، ودليل الشاذ ان ما قارب الشيء يعطى حكمه ، وان يكون عاقلا فلا يصح طلاق المجنون في حال جنونه فهو كالصبي ، واما السكران بحرام فانه يلزمه الطلاق مطلقا ميز او لم يميز على القول المشهور (وان) يكون طائعا فلا ينفذ طلاق المكره وسياتي الكلام عليه وعلى السكران في كلام الناظم (الثاني) المطلقة بفتح اللام مشددة ويشترط فيها ان يملك المطلق بكسر اللام عصمتها حال الطلاق تحقيقا او تعليقا كما او قال لاجنبية او بائن ان تزوجتك فانت طالق او قال فلانة طالق ونوى به بعد نكاحها او لم ينو ودل بساط على التعليق كوقوع مشاجرة مع اهلها مثلا عند خطبتها فقال هي طالق فان تزوجها في الصور الثلاث طلقت على المشهور ومقابله لا يلزمه قال ابن راشد دليل عدم لزوم الطلاق المعلق هو قوله صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح وهو مذهب الامام الشافعي واختاره جماعة من اشياخنا وقال الترمذي وهو قول اهل العلم من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وهذا الحديث خرج عن سبب وهو ان عبد الله بن عمر بن العاص قال لامرأة ان تزوجتك فانت طالق ثم اراد ان يتزوجها فامره عليه السلام بذلك وقال لا طلاق قبل النكاح اه هذا كله ان كان التعليق تحقيقا او تقديرا فان لم

يكن كذلك بل قال هي طالق او حرام وهي ليست في عصمته ولم يقصد التعليق
على انه ان تزوجها ولا يعرفه فهل تطلق عليه كالصور الثلاث في القول المشهور او
لا تطلق عليه خلاف والذي عليه الجمهور من المتاخرين انه لا يلزمه الطلاق لان
العامة لا تعرف التعليق كما في نوازل النكاح من البرزلي والمعيار فهذا محصل
كلامهما في النازلة باختصار وسياتي تعليق الحرام قصدا بابسط من هذا عند قول
الناظم ويلزم الطلاق بالصريح • وبالكنايات على الصحيح • البيت عند ذكر الطلاق
بلفظ الحرام (الثالث) ما يدل على فك العصمة بين الزوجين وسواء كانت دلالته
عليه لفظية وضعية كلفظ فيه الطاء واللام والقاف ام لا كالكتابة والاشارة المفهمة باصبع
او اصبعين او ثلاث مثلا اذا قصد واحدة أو اثنتين او ثلاث تطليقات ولو من قادر
على القول المعتمد فلا يقع الطلاق بمجرد العزم الذي ليس معه لفظ وفي لزومه
بكلامه الذي يتحدث به في نفسه وعدم لزومه خلاف والذي نصره اهل المذهب
عدم اللزوم وهو المشهور ابن عبد السلام وهو الاظهر لان الطلاق حل للعصمة
المنعقدة بالنية والقول فوجب ان يكون حلها كذلك انما يكتفي بها في التكاليف
المتعلقة بالقلب لا فيما بين الادميين (تنبيه) اذا اراد الزوج الطلاق بالكتابة فاذا
كتب وهو عازم على الطلاق وقع عليه وان لم يخرج الكتاب من يده وان كتب غير
عازم لم يقع عليه شيء إلّا ان يخرجه من يده عازما فان اخرجه منْ يده غير عازم
فله رده ما لم يبلغ المرأة فيلزمه وكيفية الكتب لا يخلو حال الزوجة اما ان تكون من
ذوات الاشهر او من ذوات الاقراء فان كانت من ذوات الاشهر كالصغيرة والايسة
جاز له ان يكتب بايقاع الطلاق في الحال وان كانت من ذوات الاقراء فقال ابن
القاسم يكتب اذا جاءك كتابي وانت طاهر فانت طالق لا يزيد على ذلك فان كانت
طاهرا وقع الطلاق وإلّا بقيت زوجة قال فان كانت حاملا كتب حاملا او طاهرا
بعد ان وضعت فانت طالق لا يزيد على ذلك فان كانت على ما شرط وقع الطلاق
وإلّا بقيت زوجة كذا في الفائق (الرابع) قصد النطق باللفظ الدال عليه لا إن سبقه

لسانه بان قصد التكلم بغير الطلاق فتكلم به فقال انت طالق فلا شيء عليه ويقبل قوله في الفتوى دون القضاء إلّا اذا ثبت غلطه فينفعه في القضاء ايضاً كما في الحطاب وغيره او لقن لفظ الطلاق بلا فهم لمعناه فلا يلزمه شي لا في الفتوى ولا في القضاء وفي لزومه بالهزل وعدم لزومه خلاف ياتي في كلام الناظم والمشهور اللزوم ٠ واما نهاية عدده فهو ثلاث تطليقات للحر سواء كانت الزوجة حرة او امة واثنتان للعبد وسواء كانت الزوجة حرة او امة كذلك قال ابن راشد دليل الاول قول الله تعلى الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان (روى) ان رجلا قال للنبيء صلى الله عليه وسلم الطلاق مرتان فاين الثالثة قال التسريح باحسان ٠ ودليل الثاني طلق مكاتب امرأته حرة تطليقتين فاستفتى عثمان ابن عفان رضي الله عنه فقال حرمت عليك وبذلك افتاه ايضا زيد ابن ثابت رضي الله عنه وكان يقول عبد الله ابن عمر رضي الله تعلى عنهما اذا طلق العبد امرأته تطليقتين فقد حرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره حرة كانت او امة ٠ واحتج على ذلك بعضهم بقول الله تعلى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب قال فكان الواجب ان يكون طلقة ونصفا فكملت عليه الطلقتان لان الطلاق لا يتبعض قال ولذلك كانت عدة الامة حيضتين وفي هذا الاستدلال نظر لان العبد اذا جلد اربعين فذلك ارفق من جلد الحر اذ الثمانون اشد نكالا بلا شك وقياس هذا ان يكون للحر طلقتان وللعبد ثلاث تطليقات لان التطليقتين اضيق من الثلاث وذلك مما لا يقوله احد فوجب ان يقتصر على الاستدلال على ما ذكرناه والله اعلم اه (واما) حكمه فالاصل فيه الاباحة كما في المتيطية وقد يعرض له الوجوب كما اذا فسد ما بينهما ولا يامن على دينه او بدنه معها والاستحباب ان كانت غير عفيفة ولم تتبعها نفسه لخبر ان لي زوجة لا ترد يد لامس فقال له النبيء صلى الله عليه وسلم فارقها قال اني احبها قال فامسكها صححه النسائي او توفرت فيه شروط الطلاق السني حيث عزم على الفراق ٠ والحرمة ان خيف من ارتكابه الوقوع في كبيرة او كانت حائضا او نفساء ٠ والكراهة ان كان كل منهما قائما

بحق الاخر او لم تتوفر فيه شروط الطلاق السني الاتية ، واول من طلق اسماعيل باشارة من ابيه ابراهيم عليهما السلام (واما) اقسامه باعتبار السنة والبدعة فاربعة لانه اما سني واما بدعي وكل واحد منهمـا امـا بائن واما رجعي والبائن اما مطلق غير مقيد واما مملك واما خلعي وقد اشار الناظم الى جميعها وبدأ بالطلاق السني اذ هـو اولى بالتقديم مع بيان شروطه فقـــــال

(من الطـلاق الطلقة السنيه * ان حصلت شروطها المرعيه)

(وهي الوقوع حال طهر واحده * من غير مس وارتداف زائده)

يعني ان الطلاق الذي اباحته السنة هو ما اجتمعت فيه شروط اربعة الاول ان يوقع الطلاق في حال طهر المرأة فان اوقعه في حيض او نفاس فانه بدعي حرام (الثاني) ان تكون واحدة فان طلق اثنتين او اكثر في كلمة واحدة فانه بدعي مكروه في اثنتين حرام في ثلاث (الثالث) ان يكون ذلك الطهر الذي وقع فيه الطلاق لم يطأ فيه فان وقع الطلاق في طهر وطئها فيه كان بدعيا مكروها (الرابع) ان لا تكون هذه الواحدة مردفة في العدة فلو طلقها رجعيا ثم اردف عليها في العدة طلقة اخرى فهو بدعي مكروه ، وفي الاحكام لابن العربي قـال علماؤنا طلاق السنة ما جمع سبعة شروط وهي ان يطلقها واحدة وهي ممن تحيض طاهر لم يمسها في ذلك الطهر ولا تقدمه طلاق في حيض ولا تبعه طلاق في طهر يتلوه وخلا عن العوض اه ، وقوله حصلت بتخفيف الصاد وشروطها فاعل حصلت والمرعية اي المعتبرة شرعا نعت شروطها ، وقـوله

520 (فمنه بائن ومنه الرجـعي *

يعني ان الطلاق السني ينقسم الى قسمين بائن كطلقة قبل البناء ولم يظهر بها حمل لازم له او صادفت ءاخر الثلاث ورجعي كطلقة بعد البنـاء بالشروط المذكورة ولم تصادف ءاخر الثلاث ، وحاصل فقه المسئلة كما في قوانين ابن جزي ان البائن يكون في اربعة مواضع وهي طلاق غير المدخول بها وطلاق الخلع وطلاق الثـلاث فهذه

الثلاثة بائنة باتفـاق والرابعة طلقة المبارات التي يملكون بهـا المرأة امر نفسها ويجعلونها واحدة بائنة من غير خلع وقيل له الرجعة وقيل هي ثلاث وان الرجعي هو ما عدى هذه المواضع اه (قلت) ويستثنى من الطلاق البائن قبل البناء مسئلتين يكون الطلاق فيهما رجعيا وقد نظمتهما فقلت

يا سادتي اهـل التقى الثقـات * السـالكين سبـل النجـاة
هل كان في الفـروع الفقهيات * رجعي من قبل البنـاء ءات
نعم يكـون ذاك في فرعين * في كتب الفقـه مبينين
من طلقت قبـل البنـاء وظهر * حمل بهـا وزوجهـا بـه اقر
او روجعت من بعـد الافتداء * وطلقت من قبـل الابتنـاء
فانظر هداك الله شرح المختصر * او لغز الفرحوني تحض بالدرر

(ولمـا) فرغ من الكلام على الطلاق السني بقسميه شرع يتكلم على الطلاق البدعي بقسميه كذلك فقـال

(520 وما عدى السني فهو بدعي)
(منـه مملك ومنـه خلعي * وذو الثلاث مطلقا ورجعي)

يعني ان الطلاق البدعي هو ما اختل فيه شرط من شروط الطلاق السني وهو قسمان بائن فمنه مملك كانت طالق طلقة مملكة على خلاف فيه تقدم في كلام ابن جزى وسياتي في كلام الناظم ايضا ومنه طلاق الخلع وهو ما كان بلفظ الخلع بدون عوض فحكمه حكم المملك واما بعوض فهو جائز كما سياتي ومنه طلاق الثلاث في كلمة واحدة مطلقا سواء كان قبل البناء او بعده ، وقسم رجعي كطلقة في حيض او نفاس او في طهر مس فيه او في العدة او تطليقتين في كلمة واحدة ولم يبلغ الثلاث في الجميع (تتميم) بقي قسم ثالث لا يتصف بالسنة ولا بالبدعة وهو الصغيرة واليائسة والحامل البين حملها والمستحاضة التي لم تميز فطلاق هؤلاء لا يوصف بذلك من حيث الوقت ويوصف

به من حيث العدد كذا في التلقين وغيره ، واعلم ان الرجعة في الطلاق الرجعي على قسمين اختيارية واجبارية وقد اشار الى الاولى بقـــــوله

(ويملك الرجعة في الرجعي * قبل انقضاء الامد المرعي)
(ولا افتقار فيه للصداق * والاذن والولي باتفاق)

يعني ان الزوج اذا طلق زوجته طلاقا رجعيا سنيا كان او بدعيا فانه يملك رجعتها شرعا لقول الله تعلى وبعولتهن احق بردهن وحيث كان له الحق في الرجعة فلا يفتقر في الارتجاع لصداق او اذن من الزوجة او ايجاب من الولي بل له ان يرتجعها بدون شيء من ذلك قبل انقضاء العدة ويستحب الاشهاد عندنا ان لم يخف النزاع وكان الطلاق غير مكتوب عليه بالاشهاد والّا وجب فان اغفل الاشهاد حتى انقضت العدة لم يقبل قوله انه ارتجعها في العدة سواء صدقته في ذلك او اكذبته إلّا ان تثبت خلوة بها او اقراره بذلك في العدة قاله ابن سلمون (تنبيه) قال ابن رشد ليس الاشهاد شرطا في صحة الرجعة عند من اوجبه وانما هو فرض على حياله يأثم تاركه والصحيح انه مندوب وليس بواجب اه من الدر النثير وتكون الرجعة بقول كارتجعتها او فعل كوطء او لمس او قبلة ونحوها بقصد الارتجاع والّا كان ممنوعا عندنا قال صاحب المختصر والرجعية كالزوجة إلّا في تحريم الاستمتاع والدخول عليها والاكل معها اه وسياتي نحوه فيما يجب للمطلقات فان انقضى الامد المرعي وهو العدة ولم يرتجعها فقد بانت منه ولا سبيل له عليها إلّا بنكاح جديد بشروطه واركانه وسياتي الكلام على الخلاف الذي يقع بينهما في انقضاء العدة وعدم انقضائها عند قوله ومن يطلق طاقة رجعية الخ ، واشار الى الثانية بقـــــوله

(وموقع الطلاق دون طهر * يمنع مع رجوعه بالقهر)

يعني ان من طلق زوجته طلاقا رجعيا وهي حائض او نفساء فقد فعل حراما ان علم ذلك ويومر بالرجعة على كل حال فان ارتجعها فذاك المراد وان امتنع اجبر عليها

بالقهر بالتهديد والسجن والضرب بمجلس واحد فان استمر على امتناعه ارتجعها له الحاكم بان يقول ارتجعتها لك ويسجل الاشهاد عليه بذلك ويجوز للزوج الوطء بهذا الارتجاع وان لم تقارنه نية لان نية الحاكم قائمة مقام نيته لانه نائب عنه كما مر واذا ارتجعها بنفسه او ارتجعها له الحاكم فيستحب ان يمسكها اذا اراد طلاقها حتى تطهر طهرين ثم يطلقها بعد ذلك فان طلقها في الطهر الموالي للحيض الاول مضى مع الكراهة ولا يجبر على الرجعة مرة اخرى ومحل وجوب الارتجاع اذا كان الطلاق رجعيا كما مر اما اذا كان بائنا فلا يؤمر به وقوله

(وفي المملك الخلاف والقضا * بطلقة بائنة في المرتضى)

يعني انه وقع اختلاف في المذهب في الطلاق المملك المتقدم ذكره فقيل هو طلقة رجعية وقيل ثلاث وقيل طلقة بائنة وهذا الاخير هو المرتضى وبه جرى العمل والقضاء ومثله طلاق الخلع بغير عوض لانه بمعناه (فرع) اذا طلقها قبل خروجها من العدة بعد هذا الطلاق فعلى انه رجعي فان طلاقه ثانيا يرتدف واذا ارتجعها بدون ولي فان ارتجاعه لا يفسخ وبه الفتوى كما في نوازل النكاح من المعيار ، وقوله وفي المملك الخلاف مبتدا وخبر وكذا قوله والقضاء بطلقة بائنة وفي المرتضى متعلق بما تعلق به قوله بطلقة ، وقوله

(وبائن كل طلاق اوقعا * قبل البناء كيفما قد وقعا)

يعني ان كل طلاق اوقعه الزوج قبل البناء فانه بائن كيفما وقع سنيا كان او بدعيا إلّا في فرعين احدهما من طلق زوجته قبل البناء ثم ظهر بها حمل وادعت انه منه ووافقها على ذلك ولم ينفه عن نفسه بلعان فان طلاقه رجعي لا بائن ، والاخر من خالع زوجته بعوض ثم راجعها بنكاح جديد وقبل البناء بها طلقها بدون عوض فطلاقه رجعي لا بائن كل ذلك اذا لم يبلغ الثلاث وقد مر ذكرهما نظما (قال) الشيخ ميارة ومما يناسب ان يذكر هنا الطلاق الذي يوقعه الحاكم وهو كله بائن مثل هذا

إلَّا الطلاق على المولى وفي عدم النفقة اه وقد تقدم في الايلاء وقـوله اوقعا فعل ماض بفتح اوله وفاعله ضمير مستتر يعود على الزوج والفه للاطلاق كالف وقعا ، وقوله

(وبالثلاث لا تحل إلَّا * من بعد زوج للذي تخلى)

يعني ان الزوجة التي طلقت بالثلاث لا تحل لزوجها الذي طلقها وتخلى عنها إلَّا اذا نكحت زوجا غيره بشروط عشرة عندنا (الاول) ان يكون الزوج الذي تزوجته بالغا وهي مطيقة للوطء (الثاني) ان يطأها وطئا مباحا فلو طلق قبل الوطء او بعد وطء محرم فلا يحل (الثالث) ان يكون الوطء بانتشار (الرابع) ان يكون بتغييب الحشفة او مثلها من مقطوعها في قبل (الخامس) ان يكون في نكاح فوطء السيد امته لا يجزيء (السادس) ان يكون النكاح صحيحا فلا تصح بنكاح المحلل (السابع) ان يكون النكاح لازما فلا تحل بنكاح العبد المعتدى ونحوه (الثامن) ان تعلم الخلوة بينهما ولو بامرأتين (التاسع) ان تعلم الزوجة بالوطء فلو جامعها الذي تحل به وهي نائمة او مجنونة لم تحل بذلك اما الزوج فلا يشترط فيه العقل على احد قولين (العاشر) ان يتصادق الزوجان على الوطء او لم يعلم منهما اقرار ولا انكار ، وقوله وبالثلاث متعلق بمحذوف كما قدرناه وقوله للذي متعلق بتحل لا بتخلى (فائدة) مغيب الحشفة في الفرج يوجب احكاما كثيرة فانه يحل المطلقة ثلاثا للذي طلقها كما مر ، ويوجب الحد ، ويوجب الصداق ، ويحصن الزوجين ، ويوجب الغسل ، ويفسد الحج ، ويفسد الصوم ، ويوجب الكفارة في نهار رمضان ، ويوجب الكفارة على الرجل عن امرأته اذا اكرهها فيه ، ويفسد تتابع الصوم في الكفارات ، ويوجب العمرة ، ويوجب الهدي اذا كان قبل الافاضة وبعد جمرة العقبة ، ويوجب الهدي اذا كان بعد الافاضة وقبل رمي جمرة العقبة لمن اخرها ، ويفسد الاعتكاف ، ويفسد العمرة ، ويوجب احجاج المرأة اذا افسد حجها ، ويبر في يمينه من حلف ان يطأ ، ويوجب حنث من حلف ان لا يطأ ، ويوجب القيمة على الاب في وطء

جارية ابنه وعلى الجد في جارية ابن ابنه ، ويوجب القيمة على الغاصب ، ويوجب القيمة على احد الشريكين ، ويقطع عصمة الزوج المفقود اذا عقد عليها الثاني ودخل ، ويقطع رجعة الزوج الاول الذي ارتجعها ولم تعلم بذلك ، ويصح به نكاح الثاني في ذات الوليين ولم تعلم ، ويوجب تحريم الربيبة ، ويوجب فسخ نكاح البنت اذا تزوج الام واولج فيها ، ويوجب تحريم الاخت الثانية بملك اليمين ، ويوجب تحريم العمة على بنت اخيها بملك اليمين ، ويوجب تحريم الخالة كذلك ، ويوجب تحريم المنكوحة في العدة ، ويوجب الصداق على الغاصب والزاني ، ويصحح النكاح الفاسد لصداقه ، وينشر الحرمة في النكاح الفاسد لعقده ، ويوجب استئمار البنت البالغ اذا زوجها ابوها بعده ، ويوجب العدة ، ويوجب استبراء الامة ، ويوجب الاستبراء في الغصب والزنى ، ويوجب الرجعة ، ويوجب الخيار للتي يشترط لزوجته ان لا يتسرى عليها ، ويقطع خيار الامة اذا اعتقت تحت العبد ، ويوجب كفارة الظهار اذا وطئ بعد ان شرع فيها ، ويسقط الايلاء عن المولى ، ويوجب اسقاط اللعان ، ويوجب الحد على الملاعن اذا وطئ بعد الدعوى ، ويسقط نفقة البنت عن ابيها اذا طلقت ، ويصح به البيع الفاسد في الجارية ، ويسقط به الخيار في بيع الامة ، ويسقط به القيام بالعيب في الامة . ويسقط به خيار الرد بالعيب في الزوجة ، ويوجب الاستبراء في وطء الشبهة ، ويوجب اسقاط اعتصار الاب فيما وهبه لابنه ، ويوجب القيمة في هبة الثواب الى غير ذلك من الاحكام هذا وقد بينا فيما تقدم نهاية عدد طلاق الحر والعبد مع دليلهما وان الناظم رحمه الله تعلى ذكرهما هنا وبدأ بذكر نهاية طلاق الحر فقال

(وهي لحر منتهى الطلاق * وحكمها ينفذ بالاطلاق)

(هب انها في كلمة قد جمعت * او طلقة من بعد اخرى وقعت)

يعني ان ثلاث تطليقات هي نهاية طلاق الحر فما زاد على الثلاث لا يعتد به شرعا ولا

يلتفت اليه وحكمها الذي هو عدم حليتها لمن طلقها إلّا بعد زوج نافذ بالاطلاق اي سواء جمعت في كلمة واحدة كقوله انت طالق ثلاثا او وقعت متفرقة طلقة بعد طلقة الى النهاية على الاصل • وما ذكره الناظم من لزوم الثلاث في كلمة واحدة هو المشهور وبه القضاء وقيل يلزم فيه طلقة بائنة وقيل رجعية وقيل لا يلزمه شيء وهو مذهب اهل الظاهر لانه خلاف ظاهر الكتاب والسنة (قال) ابن رحال في الحاشية الخلاف في المسئلة شهير في المذهب وخارجه من اهل السنة صحابة وغيرهم اه • وحكى التلمساني ان عندنا اي المالكية قولا انما تلزمه واحدة اه • وقال الامام الرازي عند قول الله تعلى الطلاق مرتان ما نصه الذي اختاره كثير من علماء الدين انه لو طلقها اثنتين او ثلاثا لا يقع إلّا الواحدة وهذا القول هو الاقيس لان النهي يدل على اشتمال المنهي عنه على مفسدة راجحة والقول بالوقوع سعي في ادخال تلك المفسدة في الوجود وانه غير جائز فوجب ان يحكم بعدم الوقوع اه • وفي فائق الونشريسي نقلا عن كتاب المقنع لابن مغيث بعد حكاية القول المشهور اختلف اهل العلم بعد اجماعهم اي اهل السنة والتاويل على انه مطلق كم يلزمه من الطلاق فقال علي ابن ابي طالب وابن مسعود وابن عباس والزبير بن العوام وعبد الرحمان بن عوف رضي الله تعلى عنهم تلزمه طلقه واحدة وبه قال من شيوخ قرطبة ابن زنباع شيخ هدى وابن رافع راسه واحمد بن بقي بن مخلد ومحمد بن عبد السلام الخشني فقيه عصره واصبغ ابن الحباب وجماعة سواهم من اهل قرطبة اه • وقال ابن ناجي في حق من دعا على ابن مغيث بعدم الاغاثة في دعائه عليه نظر لانه لم يقل ما ذكر بالتشهي بل ظهر له في الاجتهاد فهو ماجور اخطا او اصاب في ذلك اه (قلت) قد علمت انه قول في المذهب لا انه من قبيل الاجتهاد اللهم إلّا ان يقال المراد بالاجتهاد الاخذ بالقول المنقول عن الامام وهو لزوم الواحدة اذا تقرر هذا ظهر جليا قوة هذا القول وان تقليده وعمل الانسان به في خاصة نفسه حيث لم تشهد عليه بينة خير من استعمال المحلل الصوري الذي لا يحللها اتفاقا قال صاحب المعيار وسئل اي سيدي قاسم العقباني

عن الشخص تنزل به مسئلة لا يجد فيها مندوحة في مذهب امامه او له مندوحة فيها إلّا انها على قوله شاذة او له مندوحة في مذهب الشافعي او الحنفي او غيرهما من اهل المذاهب هل له تقليد الشافعي مثلا او القولة الشاذة في مذهب امامه ولا حرج عليه في ذلك وقد قال بعض الشيوخ ان نزلت به نازلة ولمالك فيها قولان انه يجوز الاخذ باثقلهما او باخفهما ولا حرج عليه وقد قالوا ان من اصل مذهب مالك مراعاة الخلاف لكن هذه المراعاة هل تراعى قبل الوقوع او بعده او لا تراعى إلّا بعده وما ضابط المحل الذي تصح المراعاة فيه (فاجاب) تقليد المالكي في مسالة تنزل به شاذ مذهبه او مذهب الشافعي خلاف الاولى لكن يتخلص به من لم تاسره البينة اه محل الحاجة . وقول الناظم وطلقة الخ بالنصب على الحال من فاعل وقعت ثم قال

- (وموقع ما دونها محدود * بينهما ان قضي التجديد)

يعني ان الطلاق الذي اوقعه الزوج على زوجته اذا كان اقل من ثلاث بان طلقها واحدة او اثنتين ثم بعد ذلك تزوجت برجل ءاخر وطلقها فاذا قضى الله تعلى بتجديد النكاح بينها وبين زوجها الاول وراجعها فاذا طلقها فانه يحسب عليه ما كان طلقها قبل تزوجها بغيره ولا يستائف بل يضم الاخير للاول ويبني عليه لان نكاح الاجنبي لا يهدم إلّا الثلاث فقط عندنا . وبعبارة اخرى ان كان الزوج طلقها واحدة عادت في النكاح الثاني على طلقتين وان كان طلقها اثنتين عادت اليه على طلقة حتى انه ان طلقها واحدة لم تحل له إلّا بعد زوج وهو مذهب الجمهور وذهب بعض العلماء الى ان الزوج الثاني ان اصابها في نكاحه هدم طلاق الزوج الاول فترجع اليه بعصمة جديدة . وقوله وموقع الخ هو بفتح القاف اسم مفعول صفة لموصوف محذوف تقديره طلاق موقع ثم شرع يتكلم على طلاق الخلع فقال

فصـــــــل

اي هذا فصل في ذكر مسائل من الخلع ويتوجه النظر في هذا الفصل الى بيان معنى الخلع لغة واصطلاحا وبيان اركانه وحكمه (فاما) معناه لغة فهو الازالة ماخوذ من خلع الثوب اذ كل واحد من الزوجين لباس لصاحبه قال الله تعلى هن لباس لكم وانتم لباس لهن فاذا فارقها نزع لباسه منها ، وقال تعلى فاخلع نعليك انك بالواد المقدس واصطلاحا لم يعرفه الامام ابن عرفة وعرفه صاحب المختصر بقوله وهو الطلاق بعوض اه ، واما اركانه فخمسة (الاول) موقع طلاق الخلع وهو اما زوج مكلف مسلم غير مكره ولو سفيها لان له الطلاق بدون عوض او ولي صغير او مجنون (الثاني) المحل القابل وهو الزوجة الرشيدة او ولي المجبرة (الثالث) العوض ويشترط فيه ان يكون مما يصح تملكه ولو كعبد ءابق او بعير شارد لان له الطلاق بدونه وعليه فيجوز فيه الغرر مطلقا لا بحرام كخمر او خنزير ويلزمه الطلاق ان وقع ولا شيء له ان علم وحده او معها او كانا جاهلين فان علمت دونه لم يقع طلاق (الرابع) المعوض به وشرطه ان يكون مملوكا للزوج فلا يصح خلع من تبين كونها فاسدة النكاح المجمع على فساده كخامسة او معتدة او مرتدة او بائنا منه قبل ذلك الخلع بخلاف الرجعية فانه يجوز خلعها (الخامس) الصيغة والالفاظ المستعملة في ذلك اربعة الخلع ، والصلح ، والابراء ، والافتداء وكلها ترجع الى معنى واحد وهو بذل العوض على ايقاع الطلاق (قال) بعض الموثقين من اوقع كل لفظ من هذه الالفاظ موقع الاخر لم يكن مخطئا لتقارب معانيها غير ان ايقاعها في مواضعها المصطلح عليها اولى (قال) صاحب المقدمات هو ان الخلع بذل جميع مالها على الطلاق ، والصلح بذل بعضه ، والابراء ترك ما لها عليه من الحق على الطلاق او ترك كل واحد منهما ما كان له على صاحبه على الطلاق ، والافتداء بذل جميع الحق الذي اعطاها على الطلاق وقيل غير ذلك ، واما حكمه فالاصل فيه الجواز وقد تعرض له بقية الاحكام الشرعية الخمس كما في ابن

وحال (قال) الله تعلى فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا ، وقال تعلى وان خفتم ان لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ، وقد جوز النبي صلى الله عليه وسلم لثابت ان ياخذ من زوجته ما ساق اليها كذا في احكام ابن العربي وانعقد الاجماع على جوازه لنص القرءان والسنة والى ذلك اشار الناظم بقوله

(والخلع جائز والافتدآء * فالافتداء بالذي تشاء)

يعني ان الخلع والافتداء على الطلاق جائزان شرعا وان الافتداء هو ما يكون بما تشاؤه الزوجة من صداقها فتمسك بعضه وتعطيه بعضه فيكون بمعنى الصلح المتقدم ذكره ولهذا اسقطه بعضهم وعليه درج الناظم ثم ان الناظم لما عرف الافتداء عرف الخلع ايضا والى تعريفه اشار بقوله

(والخلع باللازم في الصداق * او حمل او عدة او انفاق)

يعني ان الخلع هو ما كان بالحق اللازم الذي لها عليه من صداق حال لم تقبضه او مؤجل فتبرئه منه او باسقاط نفقة حملها اللازمة لها عليه او باسقاط كراء مسكن عدتها منه او بتحمل نفقة ولدها منه بان يخالعها على ان نفقته عليها مدة معينة ولو زائدة على مدة حولين كما ياتي او على ان رضاعه عليها الى فطامه وتمنع من النكاح ان ارادته في خلال مدة الرضاع ويفسخ ان وقع على ما به العمل لانه يضر بالصبي وقد شاهدت ذلك المرار العديدة وبه كنت حكمت وقت مباشرتي خطة القضاء ببلدي توزر قال صاحب العمل المطلق

ومن بارضاع الصبي اختلعت * من النكاح بالقضاء منعت

او خالعها على اسقاط حضانتها اذا كان ذلك لا يضر بالصبي بان كان يقبل غير امه وإلا فلا يجوز (فرع) اذا اسقطت جدته ام امه حضانتها مع امه فانها لا تسقط لانها اسقطت شيئا قبل وجوبه وهو غير لازم اما اذا اسقطتها بعد وجوبها لها تحقيقا فان ذلك يلزمها (فرع) قال ابن سلمون فان ادعى الاب على الحاضنة انها اسقطت

حضانتها وانكرت ذلك فعليها اليمين قاله ابن الهندي ويلزمها هذا الاسقاط ان نكلت عن اليمين ولا يعود الابن الى حضانتها إلّا باختيار الوالد فان التزمت نفقته وكسوته على ان يعود الى حضانتها بعد سقوطها لزمها ذلك وان صالح الاب الحاضنة على مال دفعه اليها على ان اسقطت حضانتها فالصلح جائز ولا قيام لاحدهما على صاحبه فإن قام عليها في المال رجعت في حضانتها (فـرع) في نوازل المهدي الصغرى نقلا عن الالتزامات اذا اختلعت الام بنفقة ابنتها على ان يكون الامر لها في تزويجها فيوفى لها بذلك وليس للاب عزلها ويكون العاقد غيرها ثم قـال الناظم

(وليس للاب اذا مات الولد * شيء وذا به القضاء في المدد)

يعني ان الزوج اذا خالع زوجته على ارضاع ولدها منه الى فطامه او على نفقته مدة معينه ثم مات الولد قبل تمام المدة التي وقع عليها الخلع او قبل فطامه فانه لا شيء له في مقابلة ذلك على الزوجة لان مقصوده الذي هو كفايته مؤنة ولده قد حصل هذا هو المشهور وبه القضاء حيث لم يشترط عليها عاش الولد او مات كما ياتي قريبا وسياتي بيان حكم ما اذا ماتت هي وقوله في المدد بضم الميم جمع مدة متعلق بمات وقوله

(والخلع بالانفاق محدود الاجل * بعد الرضاع بجوازه العمل)

يعني ان الخلع اذا كان بالانفاق بعد تمام الرضاع مدة معينة كاربع سنين او الى البلوغ فيه خلاف بين العلماء رحمهم الله تعلى فقيل لا يجوز ويسقط الزائد على الحولين وقيل يجوز وعليه الاكثر وبه العمل كما قال الناظم . وقوله محدود بالنصب على الحال من الانفاق ثم ذكر حكم اشتراط الرجوع عليها بالنفقة اذا مات الولد فقـال

(وجاز قولا واحدا حيث التزم * ذاك وان مخالع به عدم)

يعني ان الزوجة اذا خالعت زوجها بالانفاق على ولدها منه او على غيره مدة معلومة زائدة على الحولين سواء عاش الولد او مات فان ذلك جائز لازم اتفاقا فان مات الولد او نحوه اخذ الزوج منها قدر مؤنة باقي المدة مشاهرة لان النفقات تقدر غالبا

مشاهرة لا مياومة ولا مجامعة كل شهر بحلوله حتى يتم الاجل وقــوله التزم بالبنـاء للنائب والاشارة بذلك الذي هو نائب الفـاعل تعود على الانفاق وعـدم بضم اولـه معناه مات وقـــــوله

(وللاب الترك من الصـداق * او وضعه للبكر في الطلاق)

يعني انه يجوز للاب المجبر دون غيره من سائر الاولياء ان يسقط من صداق ابنـته على زوجها ما يراه مصلحة لها وله ايضا ان يضع جميع نصف الصداق على زوجها في الطلاق قبل المسيس لقول الله تعلى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلّا ان يعفون او يعفو الـذي بيده عقدة النـكاح فقوله تعلى إلّا ان يعفون اي الزوجات الرشيدات وقوله او يعفو الذي بيده عقدة النـكاح فالذي بيده عقدة النكاح عند المالكية هـو الاب في ابنته البكر غير الرشيدة والسيد في امته وعند الشافعية هـو الزوج وعفوه هو ان يعطيها النصف الاخر فيكون لها الصداق كاملا نصفه بالاستحقاق ونصفه بالعفو ، وقولنا قبـل المسيس احتـرازا مما لو وقع مسيس فانه لا يجوز له الاسقاط ولا العفو لان الزوج اخـذ سلعتها التي جعـل الصداق عوضا عنها وصار مالا من مالها واما السيد في امته والرشيدة فلهما ذلك من غير تقييد بنصف ولا بطلاق قبـل المسيس او بعده واما المهملة فلا يجوز عفوهـا ويرد ان وقع وكذلك الصغيرة التي لها وصي فلا عفو لها ولا لوصيها او ولي غيره ، وقوله او وضعه هو بالرفع معطوف على الترك ثم قـــــال

(والبكر ذات الاب لا تختلع * إلّا باذن حاجر وتمنع)

يعني ان البكر التي في ولاية ابيها لا يجوز لها ان تختلع إلّا باذنه فان وقع منهـا خلع بغير اذنه منعت ولو خالعت بخلع امثالها او اقل ووجب رد المال وبانت من زوجهـا لتفريطه وقـــــوله

(وجاز ان اب عليهـا اعمله * كذا على الثيب بعد الاذن له)

يعني ان الاب اذا خلع عن ابنته البكر التي في ولاية نظره فخلعه جائز نافذ اذنت له فيه او لم تاذن ولو بجميع صداقها حيث كان نظرا ويحمل عليه حتى يتبين خلافه وكذلك يجوز خلع الاب عن ابنته الثيب اذا اذنت له فيه وإلّا فلا يجوز وتبين من الزوج ويرد المال لتفريطه . والاشارة بقوله كذا راجعة الى الحكم وهو جواز الخلع من الاب ثم قال رحمه الله تعلى

(وامتنع الخلع على المحجور * إلّا باذنه على المشهور)

يعني انه لا يجوز لولي الذكر البالغ السفيه ان يخالع عنه بكل وجه من الوجوه إلّا باذنه على القول المشهور وقوله

(والخلع جائز على الاصاغر * مع اخذ شيء لاب او حاجر)

يعني ان الخلع على الذكر الصغير جائز لاب او حاجر غيره مع اخذ شيء من الزوجة او غيرها اذا كان نظرا اما بدون شيء فلا يجوز إلّا اذا كانت العاقبة بقاء العصمة غير حميدة فله ذلك قاله اللخمي واختاره ابن ناجي وهو ظاهر لا خفاء فيه والله اعلم وقوله

(ومن يطلق زوجة وتختلع * بولد منها له ويرتجع)

(ثم يطلقها بحكم الشرع * ان لا يعود حكم ذاك الخلع)

يعني ان من خالع زوجته بنفقة ولدها منه الى البلوغ مثلا ثم راجعها بنكاح جديد ثم طلقها فان نفقته لا تعود عليها بحكم الشرع بل تكون على ابيه إلّا اذا تحملت بها مرة ثانية وقيل تعود عليها واختاره بعض الشيوخ وقوله

(وان تمت ذات اختلاع وقفا * من مالها ما فيه للدين وفا)

(للامد الذي اليه التزما * فهو مشارك به للغرما)

يعني ان الزوجة اذا خالعها زوجها بنفقة ولدها منه او بنفقة غيره مدة معلومة او الى البلوغ ثم ماتت في اثناء المدة فانه يوقف من مالها ما يكفي مؤنة الابن الى انقضاء

المدة التي التزمت الاتفاق فيها فان كانت عليها ديون فللزوج محاصصة غرمائها بما التزمته من النفقة لانه دين من الديون يشارك به الغرماء فيقال ما يفي بنفقته في المدة الباقية فيقال كذا فيحاصص به مع ارباب الديون ويوقف عند امين ولا يدفع للاب لان الولد اذا مات بعد ذلك رجع ما بقي ميراثا لورثتها او لارباب الديون ولا يستحق الاب منه شيئا كما تقدم في قوله وليس للاب اذا مات الولد شيء الخ حيث لم يشترط عاش او مات . وقوله التزما بالبناء للنائب ونائب الفاعل ضمير الانفاق المفهوم من السياق والفه للاطلاق . وقوله فهو مشارك الخ الفاء داخلة في جواب شرط مقدر اي فان كانت عليها ديون فهو مشارك الخ ثم لا يخفى ان ما ذكره الناظم في هذين البيتين وفي اللذين قبلهما مفرع على القول بجواز الخلع بالنفقة الزائدة على الحولين وعليه فالمتعين من جهة الصناعة ان يكون الكلام مرتبا على مايقتضيه حال الترتيب بان يقول هكذا

والخلع بالاتفاق محدودة الاجل * بعد الرضاع بجوازه العمل
وليس للاب اذا مات الولد * شيء وذا به القضاء في المدد
وجاز قولا واحدا حيث التزم * ذاك وان خالع به عدم
وان تمت ذات اختلاع وقنفا * من مالها ما فيه للدين وفا
للامد الذي اليه التزما * فهو مشارك به للغرما
ومن يطلق زوجة وتختلع * بولد منها له ويرتجع
ثم يطلقها بحكم الشرع * ان لا يعود حكم ذاك الخلع

وموقع الثلاث الخ ولعل ناسخ المبيضة هو الذي قدم واخر كذا قال بعضهم اعتذارا على الناظم وقوله

(وموقع الثلاث في الخلع ثبت * طلاقه والخلع رد ان ابت)

يعني ان من اعطت زوجها مالا على ان يطلقها واحدة او ليطلقها واطلقت ولم تقيد بواحدة ولا بغيرها فطلقها ثلاثا فان الطلاق واقع لا محالة والخلع مردود حيث لم ترض وما درج عليه الناظم هو احد قولين في المسالة واستظهره ابن عرفة وابن

راشد قائلين لانه بطلاقه اياها ثلاثا يعيبها لامتناع كثير من الناس من تزوجها خوف جعلها اياه محللا فتسيء عشرته ليطلقها فتحل للاول ودرج صاحب المختصر على القول الاخر وهو لزوم الخلع وهو مذهب المدونة وغيرها لحصول غرضها وزيادة قالــه التتائي وما درج عليه الناظم هو المعتمد فلو زاد رحمه الله

ان عينت واحـدة او اطلقت * وقيل بل يلزمهـا وانـ ابت

وابت في كلام الناظم من الاباية بمعنى الامتناع وفي البيت الزائد ابت بتشديد التاء من البتات بمعنى القطع ثم قـــــــال

فصــــــــل

اي هذا فصل في ذكر صريح الطلاق وكنايته على سبيل الاجمال لان المقصود هنـا تقوده لا بيان جزئياته واليه الاشارة بقوله

(وينفذ الطـلاق بالصريح * وبالكنايـات على الصحيح)

يعني ان الطلاق يلزم بالقول الصريح اتفاقا وبالكناية على القول الصحيح المشهـور فالصريح هو ما فيه الطاء واللام والقاف نحو طلقت او انت طالق وكذا ان قال انت طالقا بالنصب او بالخفض لانه ان كان جاهلا فواضح وان كان عالما فهازل وهزله جد كـذا في الزرقاني (فـرع) قال ابن العربي اضافة الطلاق الى جزء من اجزائها مسئلة كبيرة فيها خلاف فقال مالك والشافعي يطلق جميعها وقال ابو حنيفة يلزمه الطـلاق في ذكر الراس ونحوه ولا يلزمه الطلاق في ذكر اليد ونحوها وفي قولـه روحـك طالق او كلامك طالق قولان عندنا والمختار اللزوم في الكلام وعند ابي حنيفة لا يلزم فيه شيء اهـ ، والكنايات قسمان ظاهرة وخفية فالظاهرة هي ما كانت في العرف دالة على الطلاق مثل سرحتك وفارقتك او انت علي حرام ، والخفية هي التي لم تكن كذلك بان كانت محتملة له ولمعناها الاصلي نحو اذهبي وانصرفي او انت حرة ويقبل قوله فيما يدعيه ان رفعته زوجته للقاضي فان قال نويت به الطلاق لزمه وان نـوى

عدمه لم يلزمه شيء ويحلف . وقوله على الصحيح راجع لقوله وبالكنايات ومقابل القول الصحيح عدم لزوم الطلاق بالكناية وانما يلزم بالصريح فقط وبه قال جماعة منهم اصبغ فقد قال لا يلزم في تحريم الزوجة شيء كتحريم الطعام . وقال القاضي ابو بكر بن العربي اذا حرم الزوجة فقد اختلف العلماء في ذلك على خمسة عشر قولا (الاول) انها يمين تكفر قاله ابو بكر الصديق وعائشة والاوزاعي (الثاني) قال ابن مسعود تجب فيه كفارة وليست بيمين وبه قال ابن عباس فى احدى روايتيه والشافعي في احد قوليه (الثالث) انها طلقة رجعية قاله عمر بن الخطاب والزهري وعبدالعزيز بن ابي سلمة الماجشون (الرابع) انها ظهار قاله عثمان واحمد بن حنبل (الخامس) انها طلقة بائنة قاله حماد بن سلمة ورواه ابن خويز منداد عن مالك (السادس) انها ثلاث تطليقات قاله علي بن ابي طالب وزيد بن ثابت وابو هريرة ومالك (السابع) قال ابو حنيفة ان نوى الطلاق او الظهار كان ما نوى وإلّا كانت يمينا وكان الرجل موليا من امراته (الثامن) انه لا ينفعه نية الظهار وانما يكون طلاقا قاله ابن القاسم (التاسع) قال يحي بن عمر يكون طلاقا فان ارتجعها لم يجزله وطؤها حتى يكفر كفارة الظهار (العاشر) هي ثلاث قبل وبعد لاكنه ينوى في التي لم يدخل بها في الواحدة قاله مالك وابن القاسم (الحادي عشر) ثلاث ولا ينوى بحال ولا في محل قاله عبد الملك في المبسوط (الثاني عشر) هي في التي لم يدخل بها واحدة وفي التي دخل بها ثلاث قاله ابو مصعب ومحمد بن عبد الحكم (الثالث عشر) انه ان نوى الظهار وهو ان ينوى انها محرمة كتحريم امه كان ظهارا وان نوى تحريم عينها بجملته بغير طلاق تحريما مطلقا وجبت كفارة يمين وان لم ينو شيئا فعليه كفارة يمين قاله الشافعي (الرابع عشر) انه ان لم ينو شيئا لم يكن شيء (الخامس عشر) انه لا شيء عليه فيما قاله مسروق وربيعة من اهل المدينة ورايت بعد ذلك لسعيد بن حنبل ان عليه عتق رقبة وان لم يجعلها ظهارا ولست اعلم له وجها ثم قال بعد ان ذكر توجيه الاقوال المذكورة وعدد صورها عشرة (الاولى) قوله حرام (الثانية)

قوله علي حرام (الثالثة) انت حرام (الرابعة) انت علي حرام (الخامسة) الحلال علي حرام (السادسة) ما انقلب اليه حرام (السابعة) ما اعيش فيه حرام (الثامنة) ما املكه حرام علي (التاسعة) الحلال حرام (العاشرة) ان يضيف التحريم الى جزء من اجزائها فاما الاولى والثانية والتاسعة فلا شيء عليه فيها لانها لفظ مطلق لا ذكر للزوجة فيه ولو قال ما انقلب اليه حرام فهو يلزمه ما يلزمه فى قوله الحلال علي حرام ان يدخل فيه الزوجة إلّا ان يحاشيها ولا يلزمه شيء في غيرها من المحللات والصحيح جواز المحاشاة بالقلب واما اضافة التحريم الى جزء من اجزائها فحكمه ما تقدم فى اضافة الطلاق الى الجزء اهـ . وفي فائق الونشرنسي قال ابن العربي التزام الحرام في حلال او مباح حرام وعلى فاعله التوبة مما اجترح من الجناح وليس ما حرم على نفسه من ذلك بحرام وهذا امر مجمع عليه لقوله تعلى لا تحرموا طيبات ما احل الله لكم ولا تعتدوا فان صدر هذا في الانثى وهي مملوكة فكذلك وان صدر في الحرة وهي في العصمة فكذلك عند طوائف من العلماء وطائفة حملته على الطلاق اذ هو كناية عنه وهل هو ثلاث او واحدة بائنة او واحدة رجعية الخلاف وان صدر في حرة وليست في العصمة ولم يتعلق بشرط التزويج سقط كالطلاق وان تعلق بشرط لم يلزم بخلاف الطلاق والفرق بينهما ان الشرع ورد بحل العصمة بالطلاق دون الحرام والحرام ملحق بالطلاق في جميع وجوهه لكونه اصلا متفقا عليه ويقصر بالحرام على العصمة الحاصلة دون غيرها لكونه فرعا مختلفا فيه اهـ . وفي نوازل الطلاق من المعيار سئل السيد عبد الله بن عبد الله الشريف التلمساني عمن قال لزوجته انت علي حرام ولم ينو الثلاث واطلع على جميع الاقوال الواردة في المسئلة واتفق مع زوجته على تقليد من يقول يلزمه طلقة بائنة وعقد النكاح على ذلك (فاجاب) يتركان وتقليدهما وليس لقاضي الموضع ان يتعرض لهما والله تعلى اعلم اهـ . وفي نوازل الطلاق من العلمي (وسئل) ابو عبد الله محمد بن قاسم القصار عمن قال لزوجته عليه الحرام لا دخلت دار فلان ثم انها بعد سنين دخلتها فهل سيدي يلزمه

الثلاث او طلقة بائنة لكون الرجل لم يعتد بذلك الحلف (فاجاب) المشهور يلزمه الثلاث وصحح كثير من المحققين لزوم واحدة بائنة والفتوى به وقالوا انه يخلص مع الله اهـ وقال عقبه وقال ابو العباس سيدي احمد بن عرضون بعد ان ذكر خمسة اقوال للمالكية في المسالة المشهور لزوم الثلاث ويليه في القوة انها طلقة بائنة وهذا القول اختاره غير واحد منهم ابن رشد والقاضي ابو بكر بن العربي والامام ابن سراج والامام ابو عبد الله بن الفخار والشيخ ابو عبد الله السرقسطي وغيرهم من المتاخرين اه ونظمه صاحب العمل الفاسي فقال

وطلقة بائنة في التحريم * وحلف به في عرف الاقليم

وافتى به الشيخ التاودي وغيره وكفى بهؤلاء الشيوخ سلفا وخلفا قدوة والله الموفق للصواب . واعلم ان التحريم او التحليل صعب جدا والاحتياط في الحرام كالاحتياط في الحلال فقد قال عليه الصلاة والسلام في اليوم الذي مات فيه لا يتكل الناس علي بشيء لا احل إلّا ما احل الله في كتابه ولا احرم إلّا ما حرم الله تعلى في كتابه يا فاطمة بنت رسول الله ويا صفية عمة رسول الله اعملا لما عند الله فاني لا اغني عنكما من الله شيئا هذا الحديث رواه ابن القاسم عن مالك كما في احكام ابن العربي عند قول الله عز وجل وانذر عشيرتك الاقربين في سورة الشعراء وفي الجزء الاول من المعيار قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحلال ما احل الله في كتابه والحرام ما حرم الله في كتابه وما سكت عنه فهو عفو ثم قال الناظم

(وينفذ الواقع من سكران * مختلط كالعتق والايمان)

يعني ان طلاق السكران بحرام نافذ اذا كان عنده نوع تمييز كما ينفذ عليه عتقه ويمينه التي صدرت منه بطلاق او غيره فان كان سكره بحلال او كان غير مختلط ولا مميز فان كان مطبقا لا يميز الارض من السماء ولا الرجل من المرأة فلا يلزمه طلاق ولا عتق ولا يمين لانه كالمجنون وما درج عليه الناظم من الاقوال التي وردت في المسئلة

ضعيف والمشهور ما تقدم وهو لزوم طلاق السكران بحرام ميز او لم يميز (فرع) سئل سيدي عبد الرحمان الحائك عن السكران اذا طلق واراد ارتكاب قول ابن عبد الحكم فيه ان السكران لا يلزمه طلاق وان خالف المشهور فاجاب المشهور لزوم الطلاق كما في التوضيح وغيره وما لابن عبد الحكم مقابل لا تجوز الفتوى به إلّا لامر اقتضاه ومن اخذ به في نفسه خلصه وذلك ما لم تاسره البينة وإلّا فلا يحكم عليه إلّا بالراجح وهذا من فائدة ذكر الاقوال الشاذة في المذهب والله الموفق اه من اجوبة الشيخ المهدي . وقوله مختلط بكسر اللام اسم فاعل مجرور ونعت لسكران وقوله

(ومن مريض ومتى من المرض * مات فللزوجة الارث مفترض)

(ما لم يكن بخلع او تخيير * او مرض ليس من المحذور)

يعني ان من طلق زوجته قبل البناء او بعده طلاقا رجعيا او بائنا صادف ءاخر الثلاث او لا وهو مريض مرضا مخوفا غير متطاول ومات من مرضه الذي طلق فيه فان زوجته ترثه وان انقضت عدتها وتزوجت ازواجا فلا ينقطع ميراثها منه إلّا اذا صح منه صحة بينة او تسببت هي في الطلاق كما لو اعطته مالا فطلقها عليه او خيرها فاختارت الطلاق او كان المرض غير مخوف اوكان مخوفا لكنه متطاول يقدر معه على التصرف كمرض السل الذي لم يلازم صاحبه الفراش فانها لا ترثه في جميعها وما درج عليه الناظم في مسئلتي الخلع والتخيير خلاف الراجح والراجح انها ترثه فيهما والله تعلى اعلم وقوله

(والخلف في مطلق هزلا وضح * ثالثها إلّا ان الهزل اتضح)

يعني ان اهل المذهب اختلفوا في حكم من طلق زوجته هزلا ولعبا على ثلاثة اقوال قيل يلزمه مطلقا وهو المشهور وقيل لا يلزمه وقيل ان اتضح الهزل ودل دليل عليه لم يلزمه وان لم يتضح الامر لزمه وقوله

(ومالك ليس له بملزم * لمكره في الفعل او في القسم)

يعني ان من اكره على النطق بالطلاق فطلق فلا يلزمه طلاق عند مالك لخبر مسلم لا طلاق في اغلاق اي اكراه وخبر حمل عن امتي الخطا والنسيان وما استكرهوا عليه (تتمة) قال الزرقاني من اكره على ان يطلق طلقة فطلق ثلاثا او على ان يعتق عبدا فاعتق اكثر او على ان يطلق زوجته فاعتق عبده او عكسه فالظاهر عدم لزوم شيء من ذلك له لان ما يصدر منه حال اكراهه بمنزلة المجنون قاله علي الاجهوري وكذا اذا اكره على طلاق زوجة من احدى زوجتيه او زوجاته فطلق اكثر من واحدة او اكره على طلاق حفصة فطلق عمرة والاكراه يكون بمجرد غلبة الظن ولا يشترط يقين الخائف اه قال الامير في حاشيته على مجموعه عند قوله وفي عج وعب اي علي الاجهوري وعبد الباقي لو اكره على طلاق فزاد او اعتق او عكسه فلغو لتنزيله منزلة المجنون الخ في النفس من ذلك شيء فان بعض الايمة كالحنفية يقولون بلزوم طلاق المكره وقد قال المصنف باللزوم اذا ترك التورية فهذا اشد من ترك التروية نعم ربما يظهر هذا الكلام على القول الشاذ الذي نقله شيخنا السيد من ان طلاق الغضبان لا يلزم اه . وقوله او في القسم يعني ان من اكره على يمين بالطلاق او بغيره فحلف ثم حنث فان مالكا رضي الله عنه لا يلزمه شئا لا طلاقا ولا غيره (وظاهره) ان الاكراه في الصورتين لا يترتب عليه شيء سواء كان شرعيا او غير شرعي وليس كذلك بل الاكراه الشرعي بمنزلة الطوع كما مر في ابواب متفرقة . واما الاكراه على فعل المحلوف عليه كحلفه بطلاق لادخل دارا فاكره على دخولها او حمل وادخلها مكرها فلا حنث عليه اذا لم يتعلق به حق مخلوق وكانت صيغة يمينه على بر كما مثلنا فان كانت صيغة حنث فانه يحنث ولم يكن الامر بالاكراه هو الحالف ولم يعلم انه سيكره ولم يقل في يمينه لادخلها طائعا ولا مكرها ولم يفعله بعد زوال الاكراه عندنا حيث كانت يمينه غير مقيدة باجل فان اختل شرط من هذه الشروط الستة حنث كما في الزرقاني وغيره (تنبيه) يكون الاكراه نافعا في صيغة البر اذا كان على فعل الحالف نفسه كما اذا حلف بعليه الطلاق لا يدخل الدار فدخلها او ادخل اليها

مكرها كما مر واما فعل غيره كحلفه ان لا تبيت زوجته مثلا بموضع كذا ففيه قولان الحنث وعدمه كذا في الحطاب عن ابن عرفة وبالاول افتى ابو الحسن وقال بعضهم ان قصدت تحنيثه فلا يحنث معاملة لها بنقيض مقصودها وإلّا حنث وقوله له جار ومجرور متعلق بملزم بكسر الزاي وضمير له عائد على الطلاق وقوله في الفعل متعلق بمكره بفتح الراء وفي بمعنى على (فرع) وفي نوازل الطلاق من المعيار سئل الشيخ العبدوسي عن رجل سالت منه زوجته ان يحرم لها ضرتها ويطلقها وشدت عليه في ذلك فاستحفظ على ذلك بشهوده بان قال مهما طلق زوجته فلانة باي طلاق كان او حرمها باي تحريم كان او قال متى حلت حرمت فغير ملتزم لذلك وانه مبطله فطلقها وحرمها وقال متى حلت حرمت عليه فهل ينفعه استرعاؤه في ذلك ام لا فاجاب انه لا يلزمه تحريمها على الوجه المذكور لاجل استرعائه على الوجه المذكور وهي باقية في عصمته حيث لم يقصد تحريمها حال تحريمها لفظا فان قصده فلا ينفعه الاستحفاظ اه وقد تقدمت الاشارة الى جواز الاسترعاء في الطلاق في باب الصلح وكررتها هنا لما فيها من زيادة البيان ثم قال

فصل

اي هذا فصل في بيان ذكر الخلاف الواقع بين العلماء في مسئلة من حلف بان قال الايمان تلزمني هل يلزمه شيء في ذلك ام لا واليه اشار الناظم بقوله

(وكل من يمينه باللازمه * له الثلاث في الاصح لازمه)
(وقيل بل واحدة رجعيه * مع جهله وفقده للنيه)
(وقيل بل بائنة وقيل بل * جميع الايمان وما به عمل)

يعني ان من حلف بالايمان اللازمة قائلا في صيغتها الايمان تلزمني لا افعل كذا او لا فعلت او لافعلن او جميع الايمان كلها او ايمان المسلمين او ان فعلت فجميع

الايمان او الإيمان اللازمة علي او تلزمني فقد اختلف فيما يلزمه على اربعة اقوال على ما هنا (الاول) يلزمه الثلاث قال الناظم وهو اصحها وقال غيره وبه العمل (الثاني) تلزمه طلقة رجعية حيث كان جاهلا ولم تكن له نية في يمين (الثالث) تلزمه طلقة بائنة (الرابع) تلزمه جميع الايمان التي يقع الحلف بها من طلاق من في عصمته وعتق من يملكه وصدقة بثلث ماله ومشي لحج وكفارة يمين وصوم سنة وكفارة ظهار قال الناظم وما به عمل مع انه هو المشهور (قلت) نفي العمل به لا يستلزم نفي مشهوريته وانما المشعر بنفي المشهورية حكايته بقيل مع تاخيره وعن ابن عبد البر ان عليه كفارة يمين بالله لا غير وعن ابي بكر الفهري وتلميذه القاضي ابن العربي والامام عبد الرحمان السهيلي وابن علوان ان عليه ثلاث كفارات لكل يمين من الجمع كفارة ووجه السهيلي بما يطول جلبه كما في نوازل المعيار ومحصله ان الطلاق لا يتناوله هذا اللفظ لانه ليس بيمين حتى يدخل فيه وان الحالف به ليس بمقسم اجماع اهل العربية في ابواب القسم على ان القسم لا يكون إلّا بحروف القسم كالواو والباء والتاء فاذا قال قائل والطلاق لافعلن كذا لكان هذا مقسما لغة وعربية لا شرعا كالذي يقول والكعبة لافعلن ونحو ذلك فاذا كان كذلك فهو مقسم وحالف ولكن لا يلزمه في حكم الشريعة شيء اي لانه حلف بحادث فان قال علي الطلاق ان فعلت كذا وكذا لزمه لا انه من حيث انه مقسم ولكن يسمى مطلقا ربط طلاقه بشرط فان وقع الشرط وقع الطلاق او العتاق او شيء من هذا ومن تورع أن يحل ما حرم الله فلم لا يتورع ان يحرم ما احل الله اهـ قال الحطاب اطلاق اليمين على الطلاق والعتاق مجاز الا ترى ان حروف القسم لا تدخل عليها وقال ابن الحاجب النذور والطلاق والعتق على صفة فيهن اي على حصول شرط تسمى يمينا وهي في الحقيقة تعليق وفي التوضيح عند الكلام على لغو اليمين وكانت الحقيقة الشرعية في اليمين انما هي الحلف بالله تعالى ولذلك تدخل عليه حروف القسم واما الطلاق والعتق والصدقة فليست يمينا شرعيا وانما هي التزامات ولذلك لا تدخل عليها

حروف القسم وكان الحلف بذلك ممنوعا اه اذا تقرر هذا علمت حكم ما تحلف به عامة الناس اليوم وهو قولهم بالحرام او باللازمة لا يفعل كذا او ليفعلن كذا فانه من باب اولى في عدم اللزوم لان الحرام مقيس على الطلاق عند من قال بلزوم الطلاق بلفظ الحرام انشاء او تعليقا او التزاما نحو زوجته حرام او ان دخلت الدار مثلا فزوجتي حرام او عليه الحرام لا يفعل كذا او ليفعلن كذا وحينئذ لم يبق للحالف به إلّا النية والحلف بالنية لا ينعقد كما في الزرقاني والمعيار وغيرهما على ان كل كلام له حكم في نفسه لا يصح ان يضمر به غيره كما تقدم في الظهار هذا على تقدير ان الحالف بتلك الصيغة يقصد بها التعليق واما على تقدير عدم قصده لان العامة لا تعرف التعليق على التحقيق كما في المعيار نقلا عن التونسيين قاطبة فيمن قيل له تزوج فلانة فقال هي حرام فاذا تزوجها فانها لا تحرم عليه وقيل تحرم عليه على تقدير ان تزوجتها فهي حرام وهنا ان العامة يحلفون بلفظ الحرام ويعتقدون الحنث عند فعل المحلوف على تركه فيلزمهم الطلاق كالحلف بالله تعلى فتلزمه الكفارة عند الحنث كما هو الظاهر ويحلف به من كانت له زوجة ومن لم تكن له زوجة فهو اما عابث او حالف بحادث فيلزمه الاستغفار لا غير والله تعلى اعلم فمن الواجب على الفقيه اذا سئل عن مسئلة في باب اليمين مثلا ان يسال الحالف عن صيغة يمينه فلربما يعتقد الحالف انها يمين شرعية مع انها في الواقع ليست شرعية فاذا كانت شرعية يساله هل لها سبب ام لا واذا تسببت عن شيء هل زال السبب الذي حمله عن اليمين ام لا وهل عنده نية اذا احتاج المقام اليها ام لا وهل عندهم عرف يحملون عليه اذا فقدت النية ام لا فان حالة المفتي مع المستفتي كحالة الطبيب مع المريض في السؤال عن احواله نسال الله سبحانه وتعلى ان يلهمنا الصواب وعن الابهري لا يلزمه إلّا الاستغفار لانه حلف يمينا وهي الايمان تلزمني غير شرعية وبقوله افتى الامام ابن سراج وقبله القاضي الحميدي وابن السراج وقالا من قلد هذا فهو مخلص (قلت) ووجه هذا القول والله اعلم هو ما قاله ابن راشد في الفائق ان ايمان جمع يمين ولفظ يمين موضوع للقدر المشترك

بين الالفاظ الموضوعة للايمان اما شرعا او عرفا فمدلولها اذا انما هو اللفظ لا المعنى ومقتضى هذا ان لا يلزم الحالف بها شيئا وقد اجمع الناس على ان الحالف بالحادث لا تلزمه كفارة ويعزى هذا للشافعي رحمه الله تعلى واما مالك رحمه الله تعلى فلم يحك عنه فيها شيء اه (فائدة مهمة) قال الشيخ احمد بابا ويعرف بالسوداني قال الامام الشاطبي لقيت يوما بعض اصحابنا الاستاذ شيخنا المشاور ابا سعيد بن لب اكرمه الله فقال اردت ان اطلعكم على بعض مستنداتي في الفتوى الفلانية وما شاكلها ووجه قصدي للتخفيف فيها وكان اطلعنا على جواب بخطه من سؤال افتى فيه بمراعاة اللفظ والميل الى جانبه فنازعناه فيه وانفصل المجلس على المنازعة فارانا مسائل النهاية واحكام ابن الفرس وغيرهما وبسط لنا ما يقتضي الاعتماد على لفظ الحالف وان كان فيه خلاف ما لنيته بناء على قول من يقول به من اهل المذهب وغيرهم وقال اردت ان انبهكم على قاعدة في الفتوى نافعة جدا ومعاومة من سند العلماء وانهم كانوا ما يشددون على السائل في الواقع ان جاء مستفتيا قال الشاطبي وكنت قبل هذا المجلس تترادف علي وجوه الاشكالات في اقوال مالك واصحابه فبعد ذلك المجلس شرح الله بنور ذلك الكلام صدري فارتفعت ظلمات تلك الاشكالات دفعة واحدة لله الحمد وجزاه الله عني خيرا وجميع معلمينا اه . وقول الناظم باللازمة الباء صلة لما قبلها لا للقسم كما قررنا به كلامه لا لصيغة اليمين كما توهمه بعض الطلبة والله سبحانه وتعلى اعلم ثم قال

فصــــــــل

اي هذا فصل في مسائل من الطلاق وتوابعه وقـــــــوله

(وموقع الطلاق دون نيه * بطلقة يفارق الزوجيه) ٥٥٤

(وقيل بل يلزمه اقصاه * والاول الاظهر لا سواه) ٥٥٥

يعني ان من قال لزوجته انت طالق مثلا ولم ينو به واحدة ولا اكثر فقيل يلزمه طلقة

واحدة لانها محققة ويطرح المشكوك فيه لانه كالعدم وقيل يلزمه الثلاث احتياطا قال الناظم والاول الاظهر لا سواه لان من يحتاط في الحرام يلزمه ان يحتاط في الحلال فكيف يحرمها على احد ويحلها لاخر بالشك فلهذا كان القول الاول هو الاظهر والله تعلى اعلم وحيث كانت واحدة فهي رجعية ان توفرت فيها شروط الطلاق الرجعي ولو كان المطلق يجهل الطلاق الرجعي على التحقيق كما في حاشية الشيخ المهدي واجوبته الصغرى فشد يدك عليه ثم شرع يتكلم على حكم من تزوج امراة والتزم لها بامور بعد العقد او اشترطت عليه ثم طلقها وسقط ذلك عنه بزوال العصمة ثم راجعها هل يعود ذلك عليه فقال

(وما امرؤ لزوجة يلتزم * مما زمان عصمة يستلزم)

(فذا اذا دون الثلاث طلقا * زال وان راجع عاد مطلقا)

(مثل حضانة والانفاق على * اولادها ومثل شرط جعلا)

يعني ان من تزوج امرأة والتزم لها بعد عقد نكاحها بشيء من شانه ان يستلزم زمان العصمة ككفالة ولدها الربيب والانفاق عليه او اشترطت عليه في العقد بان لا يخرجها من دارها او بلدها او لا يتزوج عليها ونحو ذلك من الشروط التي لا تؤثر في العقد كما تقدم وان فعل شيئا من ذلك فامرها بيدها فاذا طلقها دون الثلاث ثم راجعها عاد عليه ما التزمه او اشترط عليه عودا مطلقا سواء اشترط عليه عودة ثانيا او التزمه ام لا اما اذا طلقها ثلاثا الذي هو مفهوم دون الثلاث ثم راجعها بعد زوج لم يعد عليه شيء من ذلك لانها صارت كاجنبية إلّا بالتزام او شرط جديد . وقوله وما امرؤ ما اسم موصول بمعنى الذي واقع على الشيء الملتزم او المشترط عليه مبتدا وجملة يلتزم امرؤ المقدر صلته والعائد محذوف تقديره يلتزمه لزوجته وقوله مما الجار والمجرور بيان لما وزمان منصوب بيستلزم وجملة يستلزم زمان عصمة صلة ما المجرورة والعائد محذوف ايضا اي يستلزم بها في زمن العصمة وجملة فذا الخ خبر وقرن بالفاء لما في المبتدا من

معنى الشرط وقوله مثل بالرفع في الموضعين الاول خبر لمبتداء محذوف والثاني معطوف عليه ويجوز نصبه على الحال والاولى ان يكون مثل حضانة ملاصقا لقوله وما امرؤ البيت لانه تمثيل له (تنبيه) ليس للزوجة ان تسقط عن الزوج ما التزمه من النفقة ونحوها على اولادها حيث عادت او في زمن العصمة ولا ينفعه اسقاطها ان وقع وكذا لو كان الشرط طلاق من يتزوجها لانه حق لله تعلى فلا يجوز اسقاطه وقوله

560 (كذا جرى العمل في التمتيع * فانه يرجع بالرجوع)

561 (وشيخنا ابو سعيد فرقا * بينهما ردا على من سبقا)

562 (وقال قد قاس قياسا فاسدا * من جعل البابين بابا واحدا)

563 (لانه حق له قد اسقطه * فلا يعود دون ان يشترطه)

564 (وذاك لم يسقطه مستوجبه * فعاد عند ما بدا موجبه)

(والاظهر العود كمن تختلع * فكل ما تتركه مرتجع)

الابيات الستة يعني ان العمل جرى بان الزوجة اذا امتعت زوجها بعد عقد النكاح دارها مثلا مدة معينة كما مر ثم طلقها دون الثلاث سقط الامتاع فاذا راجعها رجع الامتاع إلّا اذا طلقها ثلاثا ثم راجعها بعد زوج فان الامتاع لا يرجع اليه إلّا بعقد جديد لانه صار كاجنبي وحينئذ فلا فرق بين ما التزمه الزوج وبين ما التزمته الزوجة فان كلا منهما يسقط بالطلاق ويعود بالمراجعة او لا يعود اذا طلق ثلاثا فهما من باب واحد هكذا قاله الجزيري في المقصد المحمود وعلى قوله درج الناظم ثم اخبر ان شيخه ابا سعيد بن لب خالف الجزيري وفرق بين المسئلتين وقال ان من قاس مسئلة الامتاع على مسئلة التزام الزوج فقياسه فاسد لان في مسئلة الامتاع الحق للزوج وقد اسقطه باختياره الطلاق لانه بيده فلا يعود اليه بالمراجعة إلّا بامتاع ثان واما ما التزمه الزوج لزوجته من الشروط والاتفاق على اولادها فان الحق فيه للزوجة او لبنيها وهم لم يسقطوا

حقهم اما الزوجة فلانه لا طلاق بيدها حتى تكون به مسقطة لحقها واما الاولاد فكذلك ايضا فهما من باين لا من باب واحد (قال) الناظم والاظهر من القولين العود كما قال الجزيري بدليل من تختلع فانها مختارة للفراق ومع ذلك فكل ما تتركه من الشروط بفراقها يرجع اليها بمراجعتها اما ما تتركه من صداقها لاجل الطلاق فليس بمراد وانه لا يرجع اليها إلّا بعقد جديد والله اعلم ، وقوله كذا جرى الخ جار ومجرور حال من مضمون الجملة بعده ، وقوله فرقا بفتح الراء مخففة والفه للاطلاق كالف سبقا ، وقوله من جعل اسم موصول فاعل قاس ، وقوله لانه تعليل للفساد ، وقوله وذاك الاشارة راجعة للملتزم به للزوجة او لاولادها ، وقوله مستوجبه اي مستحقه وهو الزوجة او اولادها ، وقوله عند ما بدا موجبه اي عند بدء موجبه والموجب هو المراجعة واثبت الناظم صلة غير الفتح في مستوجبهو وموجبهو لضرورة النظم قال ابن مالك

واحذف لوقف في سوى اضطرار * صلة غير الفتح في الاضمار

ومما جاء في اثبات صلة غير الفتح ضرورة قول الشاعر

اذا كنت في حاجة مرسلا * فارسل حليما ولا توصهي

وان باب امر عليك التوى * فشاور حكيما ولا تعصهي

وقوله

٪.86 - 87 B

فصل في التداعي في الطلاق

اي هذا فصل في النزاع الواقع بين الزوجين بعد الطلاق

(والزوج ان طلق من بعد البنا * ولادعاء الوطء رد معلنا)

(فالقول قول زوجة وتستحق * بعد اليمين مهرها الذي يحق)

(وان يكن منها نكول فالقسم * عليه والواجب نصف ماالتزم)

(ويغرم الجميع مهما نكلا * وان يكن لا لابتناء قد خلا)

570 (فالقول قول زائر وقيل بل * لزوجة وما عليه من عمل)

يعني ان الزوج اذا بنى بزوجته وخلا بها خلوة اهتداء بان جيء بها اليه كالهدية ومكن منها ثم طلقها بعد الخلوة وادعت الوطء لتاخذ صداقها كاملا ونفاه بناء على ان الصداق لا يتقرر بالدخول وحده بل لا بد من الوطء او التمكين منه فالقول قولها وان قام بها مانع شرعي كالحيض وهو من اهل الصلاح كما مر في الشهادات عند قول الناظم وهاهنا عن شاهد قد يغني ارخاء ستر الخ وذلك بعد يمينها ان كانت كبيرة ولو سفيهة بكرا كانت او ثيبا فان حلفت اخذت جميعه وان نكلت حلف الزوج ولزمه نصف الصداق وان نكل غرم الجميع لان الخلوة بمنزلة شاهد ونكوله بمنزلة شاهد اخر وان كانت صغيرة حلف الزوج لرد دعواها وغرم النصف فقط ووقف النصف الاخر لبلوغها فان حلفت بعده اخذته ايضا وان نكلت لم يحلف الزوج مرة ثانية فان ماتت قبل بلوغها حلفت ورثتها واستحقته لاعتمادهم على صحة دعواها او قرينة حال او مقال واما اذا خلا بها خلوة زيارة واختلفا في دعوى الوطء ايضا فان القول قول الزائر منهما مع يمينه وقيل القول قول الزوجة مطلقا مع يمينها لكن ليس عليه عمل بل العمل على الاول وقوله ولا دعاء لام الجر زائدة لا تتعلق بشيء والمجرور معمول لرد مقدم عليه ثم قال

571 (ومن كسا الزوجة ثم طلقا * ياخذها مع قرب عهد مطلقا)

572 (والاخذ ان مرت لها شهور * ثلاثة فصاعدا محظور)

يعني ان الزوج اذا كسا زوجته كسوة مفروضة عليه ثم طلقها طلاقا بائنا وليس بها حمل واراد اخذ الكسوة فله ذلك ان كساها قبل الطلاق باقل من ثلاثة اشهر كيفما وجدها خلقت ام لا هذا معنى قوله مطلقا وان كساها قبل الطلاق بثلاثة اشهر فاكثر فلا يكون له ذلك بل اخذه محظور وممنوع كما قال الناظم بخلاف النفقة التي دفعها اليها فانه ياخذها اذا بقيت ولو شيئا منها واما الكسوة التي كساها بها على وجه الهدية

والزينة فلا شيء له فيها خلقت ام لا قرب زمانها ام لا فان اختلفا في الفرض والهديه فقد اشار اليه الناظم بقـــــــوله

(وان يكونا اختلفا في الملبس ❁ فالقول قول زوجة في الانفس)

(والقول للزوج بثوب ممتهن ★

يعني ان الزوج اذا كسا زوجته ثم طلقها وادعى ان الكسوة التي ساقها اليها هي الكسوة المفروضة عليه ليسترجعها منها حيث كان الطلاق بالقرب وادعت هي انها هدية فتبقى عندها فان كان الثوب نفيسا بحيث لا يكون إلّا للزينة عادة كان القول قول الزوجة بيمينها وان كان ثوب مهنة معتادا للباس دائما كان القول قول الزوج بيمينه ، وقوله الملبس بفتح الميم وضم الباء اسم مفعول من البس الرباعي ، وقـــــــوله

وليس ذات الحمل بالحمل اقترن)

يعني ان من طلق زوجته وهي حامل فان كسوتها واجبة عليه ما دامت حاملا طالت المدة او قصرت وقد تقدم حكم ما اذا اتفقا على قرب المدة او بعدها فان اختلفا في القرب والبعد فقد اشار اليه الناظم بقـــــــوله

(وحيثما خلفهما في الزمن ★ يقال للزوجة فيه بيني)

(وعجزها يمين زوج يوجب ★ وان اراد قلبها فتقلب)

يعني ان الزوجين اذا اتفقا على ان الكسوة كسوة فرضية لا كسوة هدية غير انهما اختلفا في قرب الزمن وبعده فالحكم في ذلك ان تطالب الزوجة بالبينة تشهد لها بطول الزمن لانها مدعية فان عجزت عنها او نفتها من اول الامر حلف الزوج لانه مدعى عليه وان اراد قلب اليمين عليها كان له ذلك فان حلفت بقيت الكسوة بيدها وان نكلت عن اليمين ردتها له ، وقوله يمين زوج بالنصب على انه مفعول مقدم ليوجب وضمير يوجب عائد على عجزها ثم قـــــــال

فصـــــــــل

لما فرغ الناظم من الكلام على اختلاف الزوجين وتنازعهما بعد الطـلاق في المسيس والكسوة شرع يتكلم على تنازعهما في انقضاء العدة وعدم انقضائها فقـــــــــال

77 (ومن يطلق طلقة رجعيه * ثم اراد العود للزوجيه)

78 (فالقول للزوجة واليمين * على انقضـاء عدة تبيـن)

79 (ثم له ارتجاعها حيث الكذب * مستوضح من الزمان المقترب)

80 (وما ادعت من ذلك المطلقه * بالسقط فهي ابدا مصدقه)

يعني ان من طلق زوجته طلاقا رجعيا ثم اراد رجعتها فادعت انقضاء عدتهـا وانها بانت منه وكذبها الزوج في دعواها وكانت عدتها بالاقراء وعلم زمن الطـلاق فان القول قولها في انقضائها مع يمينها حيث ادعت انقضاء العدة فيما يمكن غالبا فان امكن نادرا كشهر سئل النساء فان قرب ما بين الطلاق والرجعة جدا بحيث لا يمكن انقضاء مدة الاقراء فيه عادة كاقل من شهر وتبين كذبها فله مراجعتها وما ذكره الناظم من اليمين ليس عليه عمل ولا بمشهور والذي عليه العمل انها تصدق في خمسة واربعين يوما بدون يمين بالنسبة الى انقطاع الرجعة واما بالنسبة الى التزوج بغيره فلا تصدق في اقل من ثلاثة اشهر على القول المعمول به . وقد وقـع الحكم عندنا بتونس بعدم فسخ نكاح امرأة تزوجت بعد سبعين يوما بدعوى انقضاء عدتها بالاقراء نظرا لمن يقول تصدق في ذلك . وان كانت عدتها بالاشهر وادعت انقضاء عدتها وخالفها الزوج في ذلك فالحكم ان كلا منهما مطلوب بالبينة لانه مكلف باحصائها قال القاضي ابو بكر بن العربي عند قول الله تعـلى واحصوا العدة ان الخطاب راجـع الى الازواج ولكن الزوجات داخلة فيه بالالحـاق بالزوج لان الزوج يحصي ليراجع وينفق او يقطـع

وليسكن او يخرج ويلحق نسبه او يقطع وهذه كلها امور مشتركة بينه وبين المرأة وتنفرد المرأة دونه بغير ذلك وكذلك الحاكم يفتقر الى الاحصاء الى العدة للفتوى عليها وفصل الخصومة عند المنازعة فيها وهذه فوائد الاحصاء المامور به اه . وان كانت عدتها بوضع حملها وادعت ولادة سقط كان القول قولها ولو بقرب الطلاق هذا معنى قوله ابدا مصدقه وقوله من ذاك الاشارة راجعة الى انقضاء العدة وقوله واليمين مبتدا وجملة تبين بضم التاء خبره ومتعلق تبين محذوف تقديره عصمتها اي تقطع عصمتها من الزوج اليمين وقد علمت ان القول باليمين ليس عليه عمل (فرع) قال ابن راشد اذا ارتجعها في العدة فلم تعلم حتى تزوجت فالحكم فيها كالحكم في امرأة المفقود تفوت بالدخول اه وقوله

(ولا يطلق العبيد السيد * إلّا الصغير مع شيء يرفد)

(وكيفما شاء الكبير طلقا * ومنتهاه طلقتان مطلقا)

(لكن في الرجعي الامر بيده * دون رضى وليها وسيده)

يعنى ان الطلاق لما كان لمن اخذ بالساق فليس للسيد ان يطلق على عبده زوجته إلّا اذا كان صغيرا فله ان يطلق عليه لكن بشرط ان ياخد له شيئا خلعا من الزوجة او غيرها يرفد ويعان به واما العبد الكبير فله ان يطلق كيفما شاء واراد بخلع او غيره واحدة او اكثر ومنتهى طلاقه طلقتان كان رقيقا كله او بعضه كانت الزوجة حرة او امة كما مر هذا معنى قوله مطلقا وانه اذا طلق طلاقا رجعيا فله ان يرتجع بدون احتياج الى اذن سيده ولا لاذن وليها لان العصمة التي اذن له سيده فيها لا زالت بيده وليست رجعته ابتداء نكاح حتى يتوقف على اذنه ورضاه وعلى الايجاب من وليها وقوله العبيد بالنصب على نزع الخافض اي على العبيد والسيد بالرفع فاعل يطلق وقوله

(والحكم في العبيد كالاحرار * في غاية الزوجات في المختار)

يعني ان نهاية زوجات العبيد اربع نسوة مثل الاحرار على القول المشهور المختار ومقابله لا يتزوج العبد إلّا امرأتين ومع كونه شاذا ليس بمختار وقـــــوله

(ويتبع الاولاد في استرقاق * للام لا للاب في الاطلاق) 585

(وكسوة لحـرة والنفقه * عليه والخلف بغير المعتقه) 586

(وليس لازما له ان ينفقا * على بنيه اعبدا او عتقـا) 587

يعني ان الابوين اذا اختلفا في حرية الولد ورقيته فان الولد تابع لامه في الرق والحرية لا لابيه وسواء كانت امه حرة او امة خالصة او بها شائبة رق كالمكاتبة وهذا معنى قوله بالاطلاق ولا يستثنى من ذلك إلّا الموطوءة بالملك لسيدها الحر والغارة فولدها حر. وان كانت الام حرة فولدهـا حر ولو كان الاب عبدا (فائدة جليلة) قـال القاضي ابو بكر بن العربي رحمه الله تعلى عند قول الله عز وجل وجعل لكم من ازواجكم بنين وحفدة وجود البنين يكون منهما معا ولكنه لما كان تخلق المولود فيهـا ووجوده ذا روح وصورة بها وانفصاله كذلك عنها اظيف اليها ولاجله تبعها في الرق والحرية وصار مثلها في المالية سمعت امام الحنابلة بمدينة السلام ابا الوفاء علي بن عقيل يقول انما تبع الولد الام في المالية وصار بحكمها في الرق والحرية لانه انفصل عن الاب نطفة لا قيمة له ولا مالية فيه ولا منفعة مبثوثة عليه وانما اكتسب ما اكتسب بها ومنها فلاجل ذلك تبعها كما لو اكل رجل تمرا في ارض رجل فسقطت منه نواة في الارض من يد الاكل فصارت نخلة فانها ملك صاحب الارض دون الاكل باجماع من الامة لانها انفصلت من الاكل ولا قيمة لهـا وهذه من البدائع اه وان اختلف الابوان في الدين والنسب فولدها تابع لابيه لا لامه وفي هذا الفرع كلام مبسوط في المطولات فلو زاد الناظم

ولابيـه تـابـع في النسب * والدين لا للام فافهم تصب

لوفى بالمسئلة. وقوله وكسوة لحرة والنفقه . عليه والخلف بغير المعتقه . البيت يعني ان

العبد اذا كانت زوجته حرة فان نفقتها وكسوتها ومسكنها واجبة عليه في غير خراجه وكسبه لانهما لسيده بل ينفق عليهـا من ربح مال نفسه وغلة ماله او مال وهب له او اوصي له به او تصدق به عليه فالخراج هو ما نشا عن كايجار نفسه والكسب هو ما نشا عن مال اتجر به لسيده ، واختلف اذا كانت زوجته امة فقيل عليه ذلك ايضا وهو المشهور ويقال له انفق او طلق وقيل ذلك على سيدها ، وقوله وليس لازما له ان ينفقا ، على بنيه أعبدا او اعتقا ، يعني ان العبد لا يلزمه ان ينفق على اولاده عبيدا كانوا او احرارا من غير الخراج والكسب كما ينفق على زوجته كما تقدم وقوله ينفقا الفه للاطلاق ثم قـال

فصل في المراجعة

اي هذا فصل في بيان كيفية المراجعة بعد الطلاق البائن قـوله

(وكابتداء ما سوى الرجعي * في الاذن والصداق والولي)

(ولا رجوع لمريضة ولا * بالحمل ستة الشهور وصلا)

يعني ان المراجعة من الطلاق البائن هي كابتداء نكاح في اشتراط الولي والاذن له من الزوجة غير المجبرة ووجود الصداق والايجاب والقبول والاشهاد عند الدخول على نحو ما مر في باب النكاح نصا سواء على المشهور ومقابله ما حكاه ابن لب من رواية ابي قرة السكسكي عن مالك رجل تزوج امرأة ثم طلقها انه يجوز تزوجه اياها ثانيا بان تعقد هي على نفسها دون ولي وعللوا هذه الرواية بان القصد بالولاية في النكاح النظر في الكفاءة وانما يحتاج الى النظر في هذا في النكاح الاول دون ما بعده من المراجعة اذ قد حصلت الزوجية ووقع النظر في كفاءتها اهـ من المعيار ، وحيث كانت المراجعة كابتداء نكاح فلا تصح مراجعة مريضة مرضا مخوفا غير متطاول

ولا حامل مقرب بلغت ستة أشهر لانها في حكم المريضة والمرض مانع شرعي من عقد النكاح وقال بعض العلماء تجوز مراجعة الحامل المقرب واختاره الامام المازري وصححه ابن عبد السلام . ومفهوم قوله ما سوى الرجعي ان الرجعة من الطلاق الرجعي ليست كابتداء نكاح حتى يحتاج فيها الى تحصيل اركان النكاح وهو كذلك كما تقدم . وقوله ولا بالحمل لا تاكيد للنفي الاول وبالحمل معطوف على مريضة والباء بمعنى مع وجملة وصلا ستة الشهور في محل نصب على الحال من الحمل والف وصلا للاطلاق وقوله

٥٩٠ (وزوجة العبد اذا ما عتقت * واختارت الفراق منه طلقت)

٥٩١ (بما تشاؤه ومهما عتقا * فما له من ارتجاع مطلقا)

يعني ان العبد اذا كان متزوجا بامة ثم اعتقها سيدها عتقا ناجزا كان لها الخيار في البقاء مع زوجها او مفارقته ووجبت الحيلولة بينهما حتى تختار فان اختارت البقاء فالامر واضح وان اختارت الطلاق طلقت نفسها طلقة واحدة بائنة ولا يمضي ما زادت على الواحدة في القول المشهور وقيل لها ان تطلق نفسها طلقتين وهو منتهى طلاق العبد وهو معنى قول الناظم بما تشاؤه وما درج عليه خلاف المشهور ولا شيء لها من الصداق اذا كان ذلك قبل البناء لان الفراق جاء من قبلها اما بعد البناء فلها الصداق كاملا لانه فوت عليها سلعتها بالتلذذ بها فلو عتق زوجها قبل اختيارها سقط خيارها كما يسقط خيارها اذا قبض السيد صداقها من العبد ثم نجز عتق امته وكان سيدها عديما يوم العتق وكذلك يسقط خيارها اذا علمت بالعتق ومكنته من التلذذ بها ولا ينفعها دعوى الجهل ان قامت به كما مر في نظم الشيخ بهرام اما ان عتق زوجها بعد ان طلقت نفسها فلا سبيل له عليها مطلقا سواء حصل عتقه في العدة او بعدها إلا برضاها بشروط النكاح وقوله

فصـــــــل

تقدم الكلام على قـــــــوله

(وفسخ فاسـد بـلا وفـاق * بطلقـة تعـد في الطـلاق)
(ومن يمت قبل وقوع الفسخ * في ذا فما لارثه من نسخ)
(وفسخ ما الفساد فيه مجمـع * عليه من غير طلاق يقع)
(وتلـزم العـدة باتـفـاق * لمبتنى بهـا على الاطـلاق)

في فصل فاسد النكاح مستوفى فمن ذلك ان كان النكاح متفقا على فساده كخامسة فلا طلاق ولا ارث ثم قـــــــال

٩٠-٩١ ص

باب النفقة وما يتعلق بها

اي من كسوة واسكان ووجوب وسقوط واختلاف ورجوع الى غير ذلك من المسائل والنفقة لغة اسم من الانفاق ما تنفقه من الدراهم وجمعها نفاق مثل رقبة ورقاب ونفقات على لفظ الواحد قاله صاحب المصباح واصطلاحا عرفها الامام ابن عرفة بقوله النفقة ما به قوام معتاد حال الادمي دون سرف اه فخرج بما به قوام معتاد غير الادمي وما ليس معتادا في حال الادمي وما هو سرف وهو الزائد على المعتـاد بين الناس في نفقتهم المستلذة فلا يسمى شيء من ذلك نفقة شرعا (واسبابها) ثلاثة الزوجية والقرابة والرق والاصل في وجوب النفقة على الزوجة قول الله تعلى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تقول لك زوجك انفق علي او طلقني وقـال لهند حين قالت له يا رسول الله ان ابا سفيان رجل مسيك فهل علي جناح ان اخذت من ماله ما يكفيني فقال لها خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف وقد اشار الناظم الى هذا السبب بقوله

(ويجب الانفاق للزوجات * في كل حالة من الحالات)

يعني ان انفاق الزوج على زوجته واجب عليه في كل حالة من الحالات غنية كانت او فقيرة حرة كانت او امة دخل بها او لم يدخل كان الزوج حرا او عبدا في غير خراج وكسب كما مر إلّا انه اذا دخل بها وجب عليه الانفاق بلا شرط وان لم يدخل بها ودعي الى الدخول وجب عليه الانفاق بشروط ثلاثة (الاول) ان لا يكون احدهما مشرفا على الموت (الثاني) ان يكون الزوج بالغا (الثالث) ان تكون مطيقة للوطء ، وتكون النفقة عليها بقدر وسعه وحالها فان كان الزوج فقيرا وهي بالعكس فالمعتبر حاله وان كان غنيا وهي بالعكس فالمعتبر حالها واذا حصل التساوي بينهما فالحكم ظاهر قاله الشيخ الخرشي في كبيرة (فرع) سئل الشيخ ابو الحسن عن صهر خاصم صهره بان طلبه بالدخول وطال الخصام بينهما مدة ثم لما انجلى الخصام اراد ابو الزوجة ان يطالب الزوج بالنفقة ايام الخصام (فاجاب) ان كان خصامه اياه بوجه شبهة فلا رزق عليه وان لم يكن بوجه شبهة وانما هو لدد منه فعليه النفقة من يوم طلب بالدخول اه من فائق ابن راشد (واما) القرابة فهي مختصة عندنا بالابوين واولاد الصلب قال ابن راشد اذ هما مورد النص في قول الله تعالى وبالوالدين احسانا وفي قوله عز وجل وصاحبهما في الدنيا معروفا وفي قوله عليه الصلاة والسلام انت ومالك لابيك وقال تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن . والحق بذلك الشافعي الجد وابن الابن ، واوجب ابو حنيفة نفقة الاخ والاخت اذا كانا مسلمين اه . وانما تكون القرابة سببا في وجوب النفقة بشروط اربعة (الاول) ان يكون من وجبت عليه موسرا بما يزيد على مقدار حاجته فلا يباع عليه في ذلك عقاره اذا لم يكن فيه فضل ولا يلزمه التكسب لاجل نفقة القريب (الثاني) ان يكون المستحق للنفقة من الاقارب فقيرا فلا نفقة لغني (الثالث) ان يكون عاجزا عن التكسب فلا نفقة لقادر عليه (الرابع) يختص بالولد وهو ان يكون صغيرا فنفقة الذكر للبلوغ والأنثى للدخول كما ياتي وقد اشار الناظم الى هذا السبب بذكر بعض شروطه فقال

(والفقر شرط الابوين والولد * عدم مال واتصال الامد)

(ففي الذكور للبلوغ يتصل * وفي الاناث بالدخول ينفصل)

(والحكم في الكسوة حكم النفقه *

يعني انه يشترط في وجوب نفقة الابوين الحرين ولو كافرين على الولد سواء كان مسلما او كان الجميع كفارا الفقر فان كان لهما اولاد وزعت عليهم بحسب الارث او اليسار ان اختلفوا فيه كما يشترط في وجوب نفقة الولد الحر على ابيه الحر عدم مال فلا نفقة لغني او لذي صنعة من الجانبين فان كانت صنعته لا تكفيه اعطي تمام الكفاية فان كسدت عادت على الابن او الاب ويجبر عليها بعدم الاتفاق ان امتنع من العمل وتستمر نفقة الاولاد على ابيهم الى بلوغ الذكر عاقلا قادرا على التكسب بصنعة امثاله والى دخول الانثى بالزوج او دعي الى الدخول فحينئذ ينتقل حكم النفقة الى الزوج من يوم طلب بالدخول بشروطه المتقدمة والحكم في الكسوة والسكنى وجوبا وسقوطا حكم النفقة فمتى وجبت على احد ممن تقدم ذكره وجبت عليه الكسوة والسكنى ومتى سقطت النفقة سقطتا (فرع) اذا الحقت القافة ولدا برجلين ادعياه فانهما ينفقان عليه معا الى ان يوالي احدا منهما فلو كان الابوان مسلما وذميا فوالى الذمي لم يكن الولد إلّا مسلما فان مات عن مال قبل الموالات ورثاه معا كذا في كتاب العدة والاستبراء من فائق ابن راشد وفي ذلك قلت

قل للفقيه العالم الرباني * هل مسلم يرثه النصراني

او اليهودي فاخبرنا يا سالك * طريق مذهب الامام مالك

نثن عليك بجميل الذكر * ويعطك الله مزيد الفكر

ثم بعد ان قررت المسئلة في الدرس نظم جوابها السيد الضريف العفيف الالمعي محمد العزيز النيفر الشريف في ابيات حسان كانها لؤلؤ ومرجان فقال

جوابكم يا ايها العلامه * يرثه من غير منا ملامه

في صورة مفردة بالعد * لم يطلع عنها بغير الجد
وهي اشتراك كافر ومسلم * في امة قد وطئاها فاعلم
فولدت وكان كل منهما * يطلب الحاق الصبي طالما
وقافة توقفت في امره * اسلامه مغلب عن كفره
فان يمت فارثه انصاف * بمثل هذا ظهر الانصاف
بقيت مصدرا الى الارشاد * لامة المختار خير هاد

(واما) الرق فقد اشار اليه بقوله

595 ومؤن العبد تكون مطلقه)

يعني انه يجب على المالك ولو رقيقا ان ينفق على عبيده ولو بشائبة حرية كمدبر ومعتق الى اجل اوام ولد ولو اشرف الرقيق على الموت نفقة مطلقة غير مقيدة بشيء مما تقدم ويكون الانفاق بقدر كفايتهم فلا يسرف ولا يقتر وينظر لوسعه وحال العبيد فليس النجيب كالقبيح فان امتنع السيد من الانفاق الواجب عليه بيع الذي يباع إلّا ان يعتقه سيده كتكليفه من العمل ما لا يطيق واما من لا يباع كام الولد فقيل ينجز عتقها وقيل تزوج واما المدبر فان كان في خدمته ما يكفيه خدم وانفق عليه منها وإلّا نجز عتقه وانما قلنا ولو رقيقا لان السيد لا يلزمه ان ينفق على عبيد عبيده وانما تكون نفقتهم على سيدهم الاسفل (تتمتان) الاولى لم يتكلم الناظم عن كفن من يلزم الانفاق عليه وتكلم عليه غيره قال صاحب المختصر وهو على المنفق بقرابة او رق لا زوجة والفقير من بيت المال وإلّا فعلى المسلمين ان كان الميت حرا (الثانية) لم يتكلم على ما يتعلق بالمملوك البهيمي والحكم انه يجب على مالكه علفه المعتاد او بعثه للمرعى ان كان المرعى فيه كفاية كما يجب عليه ان لا يكلفه من العمل ما لا يطيقه فان لم يطعمه أو كلفه من العمل ما لا يطيقه بيع عليه ان كان لا يؤكل لحمه فان كان مما يؤكل لحمه خير بين بيعه او ذبحه وقوله

596 (ومنفق على صغير مطلقا * له الرجوع بالذي قد انفقا)

(على اب او مـال الابن وابي * إلّا بعلم المال او يسر الاب)

يعني ان من انفق على ولد صغير مطلقا كان له اب او يتيما واراد الرجوع بما انفقه عليه كان له ذالك ويكون رجوعه في مال الصبي ان كان له مال وعلم به المنفق وقت الانفاق او في مال الاب ان كان موسرا وعلم بيسره كذلك فان كان لكل واحد منهما مال رجع في مال الصبي لان نفقته ليست واجبة على ابيه لعدم فقره كما مر هذا معنى قوله وابي إلّا بعلم المال او يسر الاب اي منع رجوع المنفق على المنفق عليه بما انفق إلّا اذا علم مال الصبي او يسر الاب فانه يرجع (قـال) المتيطي يرجع بستة شروط ان يكون للصغير مال حال الانفاق وان يكون قـد علم به المنفق وان يكون ماله غير عين وان ينوي المنفق الرجوع بنفقته وان يحلف على ذلك وان تكون النفقة غير سرف وقال انما يحلف الاب ان لم يشهد عند الانفـاق ولو اشهد انه انما ينفق ليرجع لم يحلف اه ، ومفهوم قـوله على صبي ان من انفق على كـبير يرجع عليه بالنفقة بلا شرط وهو كذلك إلّا لصلة ، وقوله انفقا الفه للاطلاق وقوله

(ويرجع الوصي مطلقا بمـا * ينفقه وما اليمين الزمـا)

(وغير موص يثبت الكفاله * ومع يمين يستحق ماله)

يعني ان الوصي له الرجوع على محجوره بما انفق مطلقا كان في حضانته اولا اشهد انه انفق ليرجع اولا بدون يمين تلزمه لانه مامور بالانفاق عليه كل ذلك اذا ثبت الانفاق على الوجه الشرعي وان الكافل لا يرجع إلّا اذا اثبت ان من انفق عليه في كفالته وعلى مائدته وحلف انه انفق ليرجع وان النفقة من عنده كما في الشيخ ميارة.

(تنبيه) لا تقدر نفقة من ياكل مع عيال مثل نفقة من ياكل وحده بل تكون اقل وهو ظاهر لا خفاء فيه وقد رايت بعض القضاة لا ينظر لهذا الامر ويملي على اليتيم المسكين ما لا يلزمه اما لجهله واما لقلة دينه فيالله للمسلمين ثم قـــال

فصل في التداعي في النفقة

اي هذا فصل في تنازع الزوجين في قبض النفقة قبل الطلاق وبعده

600 (ومن يغب عن زوجة ولم يدع * نفقة لها وبعد ان رجع)

601 (ناكرها في قولها في الحين * فالقول قوله مع اليمين)

602 (ما لم تكن لامرها قد رفعت * قبل ايابه ليقوى ما ادعت)

603 (فيرجع القول لها مع الحلف * والرد لليمين فيهما عرف)

604 (وحكم ما على بنيه انفقت * كحكم ما لنفسها قد وثقت)

605 (فان يكن قبل المغيب طلقا * فالقول قولها بذاك مطلقا)

606 (ان اعملت في ذلك اليمينا * واثبتت حضانة البنينا)

يعني ان الزوج اذا غاب عن زوجته مدة فلما رجع من سفره طالبته بما انفقت على نفسها وادعى انه كان يرسلها اليها فان القول قوله بيمين انها قبضتها ولا يجزئه انه ارسلها لاحتمال انها لم تصل اليها وله قلب اليمين عليها ومحل كون القول قول الزوج بيمينه ما لم ترفع زوجته امرها للحاكم في مغيبه تطلبه النفقة اما ان رفعت امرها للحاكم في شانها كان القول قولها لا قوله لقوة دعواها بالرفع لانه كشاهد عرفي تحلف معه وتستحق وكذا ان كانت بدار امينة او ادعى انه دفع اليها ما تنفق منه عن نفسها فيما يستقبل او عن بقية فيما مضى فانكرت فلا يصدق ويكون القول قولها في جميعها مع يمينها ولها قلبها عليه . ويجري حكم ما اذا ادعت انها انفقت على بنيها منه مثل ما ادعته في حق نفسها هذا كله ان غاب عنها وهي في عصمته اما اذا طلقها طلاقا بائنا ثم غاب ولما رجع قامت تطلبه بنفقة بنيه ووقع بينهما نزاع في الدفع وعدمه

فالحكم في ذلك ان القول قولها مطلقا سواء رفعت امرها للحاكم في ذلك ام لا مع اليمين واثبات الحضانة في هذه وفي التي قبلها ، وقوله بذاك الباء بمعنى في والاشارة راجعة الى الانفاق على الاولاد اما هي فلا نفقة لها لكونها بائنا إلّا اذا كانت حاملا فيجري عليها التفصيل المتقدم ، ومفهوم قوله ومن يغب ان الحاضر يكون القول قوله ولو سفيها مع اليمين من غير تفصيل ما لم تكن مقررة عليه وإلّا فالقول قولها بيمين (فرع) للزوجة طلب زوجها عند ارادة سفره بنفقة المستقبل قدر مدة مغيبه او يقيم لها كفيلا يدفعها لها وللبائن الحامل طلب نفقة الاقل من مدة الحمل او السفر قاله الزرقاني ثم قال الناظم

(وان يكن مدعيا حال العدم * طول مغيبه وحاله انبهم)

(فحالة القدوم لابن القاسم * مستند لها قضاء الحاكم)

(فمعسر مع اليمين صدقا * وموسر دعواه لن تصدقا)

(وقيل باعتبار وقت السفر * والحكم باستصحاب حاله حري)

(وقيل بالحمل على اليسار * والقول بالتصديق ايضا جار)

يعني ان الزوج اذا قدم من سفره وطلبته الزوجة بالنفقة مدة مغيبه وادعى العسرة في تلك المدة وكانت حالته وقت خروجه وفي مغيبه مجهولة لا يعرف يسره من عسره ولم تصدقه الزوجة في ذلك ففي المسئلة ثلاثة اقوال المشهور منها مذهب ابن القاسم وهو انه ينظر الى حال قدومه فان قدم معسرا صدق بيمين وان قدم موسرا فلا يصدق ، وقال ابن الماجشون انه محمول على اليسار ، وظاهر قول سحنون انه مصدق في عسره والى هذين القولين اشار الناظم بقوله

وقيل بالحمل على اليسار * والقول بالتصديق ايضا جار

واما قوله

وقيل باعتبار وقت السفر * والحكم باستصحاب حاله حري

فهو مفهوم حاله انبهم فحقه ان لا يحكيه بقيل فلو اخره عن قوله وقيل بالحمل الخ كما قررنا الاقوال الثلاثة وقال عوضه

وحاله ان عامت وقت السفر * فالحكم باستصحابها دون نظر

لاحاد كما قال ولده لان حالته ان علمت وقت السفر كان العمل عليها بلا خلاف حتى يثبت ما يخالفها والله اعلم ثم قال

92-93

فصل فيما يجب للمطلقات

(وغيرهن من النفقة وما يلحق بها)

اى من كارضاع واجرته وقوله

(اسكان مدخول بها الى انقضا * عدتها من الطلاق مقتضى) 612

يعني ان الزوج اذا طلق زوجته التي دخل بها طلاقا بائنا فان مسكن عدتها واجب عليه الى انقضاء عدتها ولا تخرج من مسكنها الذي تسكن فيه قبل طلاقها ولو طلقت بموضع ءاخر فانها ترد اليه حتى تنقضي عدتها فهو امر مطلوب بحكم الشرع لا يجوز اسقاطه لا لها ولا له لقول الله تعلى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلّا ان ياتين بفاحشة مبينة وقد تساهلت الناس اليوم في الخروج (فرع) لو طلبت ان تسكن معها امها او قريبتها لتتانس بها كان لها ذلك واذا حصل نزاع بينها وبين اهل الزوج مثلا نظر الحاكم في ذلك فمن ثبت عليه الظلم زجره وان تكرر منه اخرجه قال ابن العربي الفاحشة هي الكلام القبيح او ما معناه لا الزنى كما قال بعضهم ، وقول الناظم مدخول بها مفهومه ان غير المدخول بها لا سكنى لها وهو كذلك لانها لا عدة عليها كما سياتي وقوله

(وذات حمل زيدت الانفاقا * لوضعها والكسوة اتفاقا) 613

(وما لها ان مات حمل من بقا * 614

يعني ان المطلقة طلاقا بائنا ان كانت حاملا فانها تزاد مع السكنى النفقة والكسوة الى وضع حملها اتفاقا فان مات الحمل في بطنها او وضعته ميتا او حيا ثم مات سقط عن الزوج جميع ذلك اما سقوط النفقة والكسوة بموت الحمل او وضعه فلانهما له في الحقيقة واما سقوط السكنى فلخروجها من العدة بوضع حملها (تنبيه) لا تخرج المراة من العدة اذا ادعت ان حملها مات في بطنها إلّا بوضعه قاله البرزلي وغيره كما في نوازل العمراني وقـــــــوله

(واستثن سكنى ان يمت من طلقـا)

يعني ان من طلق زوجته واسكنها بحكم الشرع ثم مات قبل وضع الحمل او قبل انقضاء عدتها ان لم تكن حاملا فان النفقة والكسوة يسقطان واما سكناها فلا يسقط بموته بل تبقى فيه الى انقضاء عدتها كان المسكن له اولا نقد كراءه اولا وهذا الشطر كالاستثناء المنقطع لان المستثنى منه موت الحمل وهذا موت الزوج الذي طلق وقوله

(وفي الوفـاة تجب السكنى فقد * في داره او ما كراؤه نقـد)

يعني ان من مات عنها زوجها وهي في عصمته او طلقها طلاقا رجعيا وجبت لها السكنى فقط ولا يفرض لها القاضي النفقة وان كانت حاملا لان وجوب النفقة للمتوفى عنها منسوخ فهو من باب نسخ الحكم وبقاء الرسم قاله الشيخ حسين الهده في حاشيته على الورقات وذلك ان كانت الدار مملوكة له او اكتراها ونقد كراءها قبل موتـه وان احاط الدين بماله فان انقضت مدة النقد قبل انقضاء العدة لم يلزم الوارث سكناها بقية العدة وظاهر قوله او ما كراؤه نقد كان الكراء لمدة معينة كهذا العام او هذا الشهر ويسمى وجيبة اولا ككل عام او كل شهر بكذا ويسمى مشاهرة وهو كذلك . ومفهومه انه اذا لم ينقد لا سكنى لها مطلقا وهو كذلك على القول المعتمد وقيل لها السكنى في الوجيبة دون المشاهرة (ولما) ذكر الناظم ان المطلقة اذا كانت حاملا تجب لها النفقة والكسوة والسكنى توجهت النفس الى معرفة مدة الحمل قلة وكثرة لانها تختلف في الطول والقصر فقـــــال .

(وخمسة الاعوام اقصى الحمل * وستة الاشهر في الاقل)

يعني ان اكثر مدة الحمل في بطن المرأة خمسة اعوام على القول المعمول به كما في ابن رحال قال ابن الحاجب والمرتابة بحس البطن لا تنكح إلّا بعد اقصى امد الوضع وهو خمسة اعوام على المشهور وروى اربعة وروى سبعة اه وقال الحطاب عند قول الشيخ خليل وتربصت ان ارتابت به وهل خمسا او اربعا خلاف يعني فاذا مضت الخمسة او الاربعة على القولين حلت ولو بقيت الريبة اه . وقوله وستة الاشهر في الاقل يعني ان اقل مدة الحمل ستة اشهر باجماع العلماء على ذلك وعليه اذا ولدت المرأة لاقل من ستة اشهر من يوم العقد لم يلحق بالزوج وينتفي عنه بغير لعان كما مر (تنبيه) في نوازل المفقود من المعيار نزلت نازلة بفاس في امرأة اتت بولد لاكثر من خمس سنين وزعمت انه من زوجها المفقود قال القاضي بفاس ابو عبد الله محمد المقري توقفت في امرها لما نزلت لان مذهب المدونة حدها اذا اتت به بعد خمس سنين وشهر وان كان القابسي ضعف ذلك ولان من الرواة من يقول باكثر من ذلك وقد قال عليه الصلاة والسلام ادرءوا الحدود بالشبهات فامرت بثقافها وشاورت فيها الفقهاء فافتوا بما في المدونة فقلت لهم ما عندي فكانهم وقفوا مع المدونة فقلت الفرج محرم بالاجماع القطعي فلا يرفعه إلّا القطع فافترق المجلس على ذلك ثم التقيت بالفقيه الصالح عبد العزيز القروي فتكلمت معه في ذلك فوافق رأيه رايي وقال الموضع ضيق ورايك هو الذي ذهب اليه شيخنا ابو الحسن بعد سرده لاقوال العلماء في ذلك ثم قال لي نزلت عندنا امرأة توفي زوجها فكانت تذكر انها مشغولة الرحم بالولد ثم بعد سبع سنين اتت بولد وكان اشبه الناس بابيه وترك الرجل المذكور اولادا فورثوه معهم لما راوا من شبهه بابيهم واذعنوا الى ذلك ولم يرتابوا فيه فاستكتبته مذهب الشيخ ابي الحسن فكتب لي ذلك كله بخطه فاخذته عندي ودرأت عنها الحد والحقت الولد بابيه إلّا ان يقدم فينفيه بلعان وبالله التوفيق اه . (وفي المعيار) ايضا عقب النازلة المذكورة امرأة جاءت بولد لخمسة اشهر واربعة وعشرون يوما هل يلحق به ام لا

قــال عياض اختلف فيها فقهاء بلدنا والصواب ان لا يلحق به اذ لا يصح توالي ستة اشهر بنقص اهـ . محل الحاجة (قلــت) ولعل من الحقه به بنى مذهبه على الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم شهر امتي تسعة وعشرون يوما الخ وعليه فيكون نظره اصوب والله اعلم واذا اتت به لاقل من ستة اشهر بيومين او ثلاثة فانه يلحق به قولا واحدا كما نقل عن العلمي وغيره وقول الناظم

(وحال ذات طلقة رجعيه * في عدة كحالة الزوجيه)

(من واجب عليه كالانفاق * إلّا في الاستمتاع بالاطلاق)

يعني ان حال المطلقة طلاقا رجعيا كحال الزوجة التي في العصمة في وجوب الانفـاق عليها وصحة ارداف الطلاق عليها ولزوم الظهار والايلاء منها وثبوت الميراث بينهما وانتقالها الى عدة الوفاة اذا مات عنها ولا يجوز له ان يتزوج من يحرم جمعه معها ما دامت في العدة (قال) في المسائل الملقوطة يعتد الرجل في مواضع وذلك مجاز (منها) اذا طلق الرجل امرأته واراد زواج اختها فلا يتزوجها حتى تنقضي عدتها ان كان الطلاق رجعيا . ومنها ان يطلق رابعة طلاقا رجعيا فلا يتزوج خامسة حتى تنقضي العدة . ومنها ان تكون له امرأة تحته لها ولد من غيره فيموت الولد فيقال للزوج اعتزلها حتى تحيض او تظهر حاملا فيترتب الميراث او عدمه وقيل لا يوقف فان اتت به لستة اشهر من الوفاة فاكثر ورث وإلّا فلا . ومنها اذا زنت المرأة اوغصبت فلا يقربها حتى تحيض . ومنها زوج المملوكة اذا عتقت فانه يوقف على وطئها لئلا تكون حامـلا في الرق اي فيكون ولدها رقيقا . ومنها زوج المستاجرة للرضاع اذا كان الوطء يضر بالولد يوقف حتى تنقضي مدة الاجارة . ومنها من ادعى نكاح متزوجة انه تزوجها قبل واتى بشاهد شهد له بالقطع على الزوجية الســابقة فان الزوج يجب عليه اعتزالها حتى ياتي القائم بشاهد ثان زعم قربه يشهد بالقطع . ومنها من شرط لزوجته ان لم يات بالصداق الى اجل كذا فلا نكاح . ومنها من له زوجتان فرءا طائرا فقــال ان كان غرابا فزينب طالق

وان كان غيره فحفصة طالق فلا يجوز له وطء واحدة منهما حتى ينكشف الامر اذ احداها محرمة عليه ولم تتعين فيحرم عليه وطؤهما اواحداها اه ثم استثنى الناظم الاستمتاع من عموم قوله كحالة الزوجية فقال إلّا في الاستمتاع بالاطلاق يعني فانه يحرم قبل الرجعة مطلقا اي لا بوطء ولا بنظرة ولا بقبلة ونحو ذلك فان وطئها بدون نية الرجعة لم يحد مراعاة لمن يقول بعدم اشتراط النية وكذلك لا يجوز له كلامها ولا الاكل معها ولا الدخول عليها ولو كانت نيته رجعتها بعد ذلك (تنبيه) قال ابن ناجي سكنى الاعزب عندنا بافريقية منكر عظيم ولا ينبغي ان يختلف في منعه سواء كان العرف باستعظامه ام لا والواجب على القضاة ان يقدموا من ينظر في ذلك اه من حاشية البناني (قلت) ولا زال الامر عندنا الى الان ولله الحمد على دوام شعائر الدين وان وقع نادرا فلا يكون إلّا من اراذل الناس ، وقوله

619 (وحيث لا عدة للمطلقه * فليس من سكنى ولا من نفقه)

يعني ان المطلقة قبل البناء حيث كانت لا عدة عليها بالاجماع لقول الله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها الآية فلا تجب لها سكنى ولا نفقة ولها ان تتزوج في الحين وقوله

620 (وليس للرضيع سكنى بالقضا * على ابيه والرضاع ما انقضى)

يعني ان من طلق زوجته وله منها ولد رضيع فليس عليه بحكم الحاكم كراء مسكنه ما دام في زمن الرضاع لان مسكنه زمن الرضاع انما هو حجر امه فاذا فصل منه كان كراء مسكنه على ابيه كالنفقة والكسوة وقوله

621 (ومرضع ليس بذي مال على * والده ما يستحق جعلا)

622 (ومع طلاق اجرة الارضاع * الى تمام مدة الرضاع)

623 (وبعدها يبقى الذي يختص به * حتى يرى سقوطه بموجبه)

(وان تكن مع ذاك ذات حمل * زيدت لها نفقة بالعدل)

(بعد ثبوته وحيث بالقضا * توخذ وانفش فمنها تقتضى)

(وان يكن دفع بلا سلطان * ففي رجوعه به قولان)

(ومن له مال ففيه الفرض حق * وعن اب يسقط كل ما استحق)

الابيات السبعة يعني ان الولد الرضيع الذي لا مال له فان جميع ما يحتاج اليه من اجرة رضاع وغيرها تكون على ابيه اذا كانت امه مريضة او لا لبن لها او عالية القدر لا يرضع مثلها فان لم تكن كذلك كان الارضاع واجبا عليها حيث كانت في العصمة فان طلقها كانت اجرة الرضاع على ابيه مطلقا حيث لم يكن للولد مال فان كان له مال كان ذلك مفروضا في ماله الى تمام مدة الرضاع فان انقضت مدة الرضاع بقي ما يجب للولد من نفقة وكسوة ونحوها الى ان يسقط ذلك عن الاب او الابن يسقوط حضانتها فان كانت المرأة ذات حمل زيدت لها نفقة الحمل ولا تستحقها إلّا بعد ثبوته بشهادة النساء وذلك كله بالعدل بقدر حاله في عسره ويسره وحيث اخذت النفقة من صاحب الحمل بالقضا وانفش وتبين ان لا حمل بها فان ما اخذته من نفقة ونحوها تقتضى منها وترد للزوج وان دفع اليها ذلك تطوعا منه بدون قضاء ففي رجوعه عليها بانفشاش الحمل وعدم رجوعه قولان الراجح منهما الرجوع كالاول وقيل ان دفع لها النفقة تطوعا رجع وان دفعها لها بحكم حاكم لم يرجع وفي كلام الناظم تقديم وتاخير وبتر يفهم مما قررنا به كلامه ومرضع بفتح الضاد ودفع فاعل يكن وقوله

(وكل ما يرجع لافتراض * موكل الى اجتهاد القاضي)

(بحسب الاقوات والاعيان * والسعر والزمان والمكان)

يعني ان كل ما يرجع للفرض والتقدير من نفقة وكسوة ومسكن فانه يكون موكولا

لاجتهاد القاضي يجتهد في ذلك بحسب القوت من قمح او شعير او قطانية او تمر ونحو ذلك وبحسب الاعيان المفروض لها وعليها من غني وفقر وتوسط وبحسب السعر فيوسع في الرخاء دون الغلاء وبحسب الزمان فليست نفقة الشتاء وكسوته كما يكون في زمن الصيف وبحسب المكان فان عوائد البلدان تختلف فلا يفرض الشعير لمن عادتهم القمح ولا العكس ولا يفرض التمر إلّا لمن عادتهم ذلك كبلاد الجريد وما يتبعها من البوادي القريبة لها لان معيشتهم بالتمر اكثر حتى ان من لا تمر عنده ضاقت معيشته وقد صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله بيت لا تمر فيه جياع اهله ثم قال الناظم

فصل في الطلاق بالاعسار بالنفقة

(وما يلحق بها)

اي من الاعسار بالصداق او الاخدام وبدأ بالاول فقال

630 (الزوج ان عجز عن انفاق * لاجل شهرين ذو استحقاق)

631 (بعدهما الطلاق لا من فعله * وعاجز عن كسوة كمثله)

632 (ولاجتهاد الحاكمين يجعل * في العجز عن هذا وهذا الاجل)

633 (وذاك من بعد ثبوت ما يجب * كمثل عصمة وحال من طلب)

يعني ان الزوج اذا عجز عن النفقة وتوابعها من كسوة واسكان فان القاضي يؤجله بشهرين او بما يراه نظرا لان التاجيل بهما ليس بواجب حتى يقف عنده فان انقضى الاجل المضروب ولم يجد ما عجز عنه فان القاضي يطلق عليه ان امتنع الزوج من الطلاق والى هذا اشار الناظم بقوله بعدها الطلاق لا من فعله اي الزوج بل من فعل القاضي او يامر الزوجة فتطلق نفسها كما مر ولا يكون الطلاق المذكور إلّا بعد

اتمام الموجبات عند القاضي وهي ثبوت الزوجية بينهما واستمرارها الى زمن الحكم واعسار الزوج والاعذار اليه فاذا ثبت ذلك طلق عليه بعد التلوم بالاجتهاد لا بمجرد مضي الاجل ان علم في ذلك فائدة وإلّا نجز عليه الطلاق هـذا كله اذا ثبت عسره فان لم يثبت عسره فهو مامور باحد امرين اما بالنفقه وتوابعهـا او بما ادعى عجزه عنه منها واما بالطـلاق بعد التلوم بالاجتهاد كذلك . وقـوله الزوج الخ مبتدا وذو استحقـاق خبره ولاجـل متعلق بـه وشهرين بدل منه وقوله يجعل بالبنـاء للنـائب والاجل نائب فاعل والاشارة بذا الاول راجعة للانفاق والاشارة بذا الثـاني عائدة على اللباس والاشارة بذلك راجعة الى ما ذكر من التطليق والتاجيل والكاف الداخلة على مثل زائدة . وقوله وحال من طلب هو عسر الزوج وقـــــوله

(وواجـد نفقـة وما ابتني * وعن صداق عجزه تبينا)

(تاجيله عامان وابن القاسم * يجعل ذاك لاجتهاد الحاكم)

يعني ان من تزوج امرأة ولم يدخل بها ولما طلبته باداء صداقها الحال واجراء النفقة عليها التزم باجراء النفقة عليها لقدرته على الانفـاق وادعى العجز عن دفـع الصداق وطلب من القاضي المترافع لديه النظر له في ذلك فانه يؤجله عامين لاحضـاره وعن ابن القاسم ان الاجل موكـول لاجتهاد القاضي في ذلك فيضرب له اجلا بحسب ما يراه فان احضر ما تاجل لاجله فذاك وإلّا طلق عليه بعد التلوم كالنفقة نصا سواء ثم شرع في مسئة القطعة المشهورة فقـــــال

(وزوجة الغائب حيث املت * فراق زوجهـا بشهر اجلت)

(وبانقضاء الاجل الطلاق مع * يمينهـا وباختيارهـا يقـع)

يعني ان من تزوج امرأة وغاب عنها دخل بهـا او لم يدخل طلبته بالدخول قبـل مغيبه اولا ولم يترك لها نفقة ولا تكفل بها احد عليه وطلبت من القـاضي فراقه

والنظر اليها في ذلك فانه يكلفها اثبات الموجبات المذكورة في كتب التوثيق فاذا اثبتتها فانه يوجله شهرا على ما به العمل فان انقضى الشهر بغروب شمس الاخر منه خيرها القاضي بين البقاء معه او الطلاق فان اختارت الطلاق طلقت نفسها طلقة واحدة رجعية ان دخل بها ولم تبلغ الثلاث وتعتد عدة طلاق ان كانت مدخولا بها وإلّا فلا عدة عليها وتذكر جميع ذلك في الحكم قال الغرناطي في وثائقه عقد طلاق على غائب بعدم النفقة تذكر اسم القاضي وموضعه والزوجين والمغيب وعدم النفقة وعدم ارسالها ويمين الزوجة على ذلك في جامع الموضع المذكور وتطليقها نفسها بعدم النفقة طلقة واحدة رجعية يملك بها رجعتها ان قدم موسرا في عدتها إلّا ان تكون ثالثة واباحة القاضي لها ذلك بعد ان ثبت عنده ما اوجب ذلك وارجاء الحجة للغائب وعقد الاشهاد وتضمن حضور اليمين بالموضع المذكور عن امر القاضي وسماع الطاقة منها واشهاد القاضي وتؤرخ اه نزلت نازلة وهي امرأة طلقت نفسها يوم ثلاثين الذي هو ءاخر يوم من اجل الغائب فاذن قاضي من قضاة القرى لها في النكاح حيث لم يدخل بها الزوج فلما تزوجت قدم زوجها الغائب ورفع امره الى قاضي الجماعة بتونس وهو في ذلك العهد شيخنا العالم الجليل الاكمل العفيف ابو عبد الله الشيخ سيدي محمد الطيب النيفر الشريف المفتي المالكي احد شيوخ الشورى الان اطال الله عمره مع السلامة والعافية ءامين وطلب منه ايده الله جلب النازلة ليقع فصلها لديه دامت نعم الله تعلى عليه فاجابه الى ذلك ولما نشرت النازلة وثبت عنده ان الطلاق وقع ءاخر يوم من الاجل الذي هو من حق الغائب فقد وقع عليه الطلاق قبل وجود سببه الذي هو انقضاء الاجل كما في النظم والسبب يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم فهي وقت زواجها ذات زوج وحينئذ ظهر له فساد الحكم بالطلاق وفسخ النكاح على مقتضى القواعد الفقهية والنصوص المذهبية فحكم بذلك باتفاق اهل المجلس بعد ان خالفه البعض في ذلك ثم رجع . ووقعت نازلة اخرى لما طلقت زوجة الغائب نفسها طلقة واحدة وقد صادفت الثلاث كتب الموثق بعد ذلك يملك بها رجعتها ووقع الختم

على ذلك واظنه غفلة ولما سالني عن النازلة اجبته بان لا رجعة بعد الثلاث واطلعته على كلام الغرناطي فرجع ومزق الكتب واعاده فعلى العاقل ان يتنبه لمثل هذا ولا يستعجل فيهلك والله الموفق للصواب ، وقوله

(ومن عن الاخدام عجزه ظهر * فلا طلاق وبذا الحكم اشتهر)

يعني ان الزوج اذا كان قادرا على النفقة والكسوة والمسكن وعجز عن اخدام زوجته التي هي اهل للاخدام ففي تطليقها بالعجز عنه وعدم تطليقها وهو المشهور وبه القضاء قولان ثم قال

ج ٦-٩٦-٩٧

فصل في احكام المفقودين

اي هذا فصل في بيان احكام المفقودين الاربعة وذلك لان الفقد اما ان يكون في ارض كفر او ارض اسلام وكل واحد منهما اما في غير حرب او فيه ولكل واحد من الاربعة حكم يخصه والمفقود لغة اسم مفعول ، وشرعا عرفه الامام ابن عرفه بقوله المفقود من انقطع خبره ممكن الكشف عنه اهـ فخرج الاسير لانه معلوم خبره وخرج المحبوس الذي لا يستطع الكشف عنه فانه لا يحكم له بحكم المفقود اذ عدم التوصل اليه انما هو لشدة حراس السجن ونحو ذلك وقد اشار الناظم الى الاول وادخل معه حكم الاسير المجهول الحياة باعتبار زوجته وماله ايضا فقال

(وحكم مفقود بارض الكفر * في غير حرب حكم من في الاسر)
(تعميره في المال والطلاق * ممتنع ما بقي الانفاق)
(وكل من ليس له مال حري * بان يكون حكمه كالمعسر)

يعني ان حكم من فقد في ارض الكفر في غير حرب حكم الاسير الذي لم تعلم حياته من موته فان ماله لا يورث حتى ياتي عليه من الزمان ما لا يعيش الى مثله

عادة وكذلك لا تتزوج زوجته إلّا بعد انقضاء اجل التعمير الاتي بيانه والحكم بموته ولا يجوز ان تطلق عليه زوجته ما دامت نفقتها جارية عليها فان لم يبق له مال تنفق منه او لم يكن له مال من اول الامر فانها تطلق عليه بالاعسار حيث لم يتحمل لها بالنفقة واوازمها احد وذلك بعد اثبات الموجبات المتقدمة والى هذا اشار الناظم بقوله وكل من ليس له مال حري ٠ بان يكون حكمه كالمعسر ٠ البيت فهو تصريح بمفهوم قوله والطلاق ممتنع ما بقي الانفاق وظاهر قوله ما بقي انها لا تتزوج ولو طالت السنون وليس كذلك بل هو مقيد بما قبل الحكم بتمويته اما اذا حكم بتمويته بعد ضرب اجل التعمير فان نفقتها تسقط لانها متوفى عنها والمتوفى عنها لا نفقة لها ولها ان تتزوج بعد انقضاء عدة الوفاة دخل بها او لم يدخل وتبتدىء عدتها من غد يوم الحكم بموته (تنبيه) محل عدم جواز طلاق زوجة الاسير التي تجري نفقتها اذا لم يكن لزوجته شرط في المغيب طوعا او كرها اما ان كان لها شرط فيه فلها التطليق بشرطها قاله في المتيطية ٠ وقوله وكل مفقود الخ مبتدا وتعميره في المال خبره وقوله والطلاق ممتنع مبتدا وخبر وباقي الاعراب ظاهر النطق به ٠ واشار الى الثاني بقوله

(وان يكن في الحرب فالمشهور * في ماله والزوجة التعمير) ٦٤٢

(وفيه اقوال لهم معينه * اصحها القول بسبعين سنه) ٦٤٣

(وقد اتى القول بضرب عام * من حين يأس منه لا القيام) ٦٤٤

(ويقسم المال على مماته * وزوجة تعتد من وفاته) ٦٤٥

(وذا به القضاء في الاندلس * لمن مضى فمقتفيهم مؤتسي) ٦٤٦

يعني ان من فقد في ارض الكفر في حرب مع الكفار ففيه قولان (احدهما) انه يعمر في المال والزوجة كالمفقود والاسير فلا يقسم ماله ولا تتزوج زوجته ولا تطلق

عليه ما دامت نفقتها جارية عليها إلّا بعد اجل التعمير والحكم بموته وهو القول المشهور . وفي قدر التعمير اقوال قيل مائة وعشرون سنة وقيل مائة وقيل تسعون وقيل ثمانون وقيل خمسة وسبعون وقيل سبعون سنة قال الناظم وهو اصحها (وثانيهما) انه يضرب له اجل سنة بعد النظر والبحث عنه فاذا انقضت السنة ولم يات عليه خبر ورث ماله واعتدت زوجته عدة وفاة وهذا القول اعتمده الشيخ خليل قال في مختصره وفي المفقود بين المسلمين والكفار تعتد سنة بعد النظر الخ وبه وقع القضاء بالاندلس فمن عمل به فهو مقتد بهم واليه اشار الناظم بقوله وقد اتى القول بضرب عام الابيات الثلاثة ومبدا العام من حين الياس من خبره لا من حين قيام الزوجة كما صرح به الناظم وقوله مؤتس اي مقتد ومتبع ثم اشار الى الثالث فقـــــال

(ومن بارض المسلمين يفقد * فاربع من السنين الامد)

(وباعتداد الزوجة الحكم جرى * مبعضا والمال فيه عمرا)

يعني ان من فقد في ارض المسلمين في غير حرب فانه يفصل فيه بين زوجته وماله فاما زوجته فيضرب له اجل اربع سنين اذا كان حرا وسنتان اذا كان عبدا بعد العجز عن خبره ثم تعتد عدة وفاة فان انقضت عدتها تزوجت ان شاءت واما ماله فلا يورث إلّا بعد مدة التعمير هذا معنى قوله وباعتبار الزوجة الحكم جرى مبعضا اي بالنسبة اليها دون المال . وقد اشار الى الرابع بقـــــوله

(وحكم مفقود بارض الفتن * في المال والزوجة حكم من فني)

(مع التلوم لاهل الملحمة * بقدر ما تنصرف المنهزمه)

(فان نات اماكن الملاحم * تربص العام لدى ابن القاسم)

(وامد العدة فيه ان شهد * ان قد راى الشهود فيه من فقد)

يعني ان حكم من فقد بارض الفتن بين صفوف المسلمين حكم من مات حاضرا

فيورث ماله وتعتد زوجته من غير تاجيل إلّا بقدر انصراف من انصرف وانهزام من انهزم اذا قرب موضع القتال فان بعد موضع التحام الصفين انتظرت زوجته سنة عند ابن القاسم والعدة داخلة فيها اذا رءاه في المعركة من تقبل شهادته وان لم يشهدوا بموته وقيل غير ذلك والله اعلم وقوله شهد اي العدول وقوله ان هو بفتح الهمزة على حذف الجار اي بان قد رأى الشهود وضمير فيها يعود على الملحمة اي المقتلة ومن مفعول برأى البصرية وجملة فقد المبني النائب صلة من ومفهوم قوله رأى الشهود الخ انهم اذا لم يشهدوا برؤيته في المعركة بل شهدوا بخروجه للقتال فقط لم يكن حكمه ما ذكر وهو كذلك بل يكون حكمه حكم المفقود بارض الاسلام بغير حرب فتؤجل زوجته اربع سنين اذا كان حرا وسنتان اذا كان عبدا ويبقى ماله للتعمير كما تقدم ، وقـــــوله .

٩٨-٩٩ ح

فصل في الحضانة

يتوجه النظر في هذا الفصل الى بيان معنى الحضانة لغة واصطلاحا وبيان الموجب لها ومن تجب عليه والمسقط لها (فاما الحضانه) لغة فانها مأخوذة من حضن الطائر بيضه حضنا من باب قتل وحضانا بالكسر ايضا جعله تحت جناحه فالحمامة حاضن لانه وصف مختص وحكي حاضنة على الاصل ويعدى الى المفعول الثاني بالهمزة فيقال احضنت الطائر البيض اذا جثم عليه اي برك عليه ورجل حاضن وامرأة حاضنة لانه وصف مشترك والحضانة بالفتح والكسر اسم منه والحضن ما دون الابط واحتضنت الشيء جعلته في حضني والجمع احضان مثل حمل واحمال كذا في المصباح ، واصطلاحا عرفها الامام ابن عرفة بقوله الحضانه هي محصول قول الباجي حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنضيف جسمه اهـ . واما الموجب لها فهو عدم الاستقلال بالمصالح ومظنة ذلك الصغر والجنون ، واما من تجب عليه فجميع الناس فهي فرض كفاية عليهم لا يحل ان يترك الصغير بدون كفالة وان كان لقيطا

فاذا قام به احد سقط عن الباقين ولا تتعين على احد إلّا على الاب وحده وعلى الام في حولي رضاعه اذا عدم الاب او لم يكن له مال ولم يقبل غيرها ولا شك في اختصاصها بالاقارب من الرجال والنساء عند التزاحم وهي بالنساء اليق واحقهم به من يعلم في مستمر العادة انه اشدهم له رحمة ولهذا كانت العداوة بين اب البنت المحضونة وبين الحاضنة الاخرى مسقطة لحضانتها قاله اللخمي والمتيطي وغيرهما والخصومة عداوة عند مالك وابن القاسم كذا في الجزء الرابع من الاجوبة العظومية وسياتي ترتيب المستحقين للحضانة في كلام الناظم (واما) المسقط لحق الحضانة فامران اما طرو سبب واما فقد شرط . والاسباب المسقطة للحضانة سبعة (الاول) التصريح بالاسقاط بناء على انها حق للحاضن (الثاني) تركه استقلالا عند ابيه او غيره سنة (الثالث) بلوغ الذكر صحيح العقل والبدن واختلف في الاثغار والمشهور انه لا يسقطها (الرابع) زواج الانثى ودخول الزوج (الخامس) سفر الاب او الوصي او الولي سفر نقلة بشروط ياتي ذكرها في كلام الناظم (السادس) انتقال الام الى موضع بعيد عن الاب او الولي بحيث لا يسمع للمحضون خبرا (السابع) سكنى الجدة بمحضونها مع امه المتزوجة على القول المشهور المعمول به (واما) الشروط فسبعة كذلك (الاول) العقل (الثاني) الامانة (الثالث) القدرة على الكفالة فلا حضانة للعاجز ذكرا كان او انثى (الرابع) عدم المرض المضر كالجذام والبرص إلّا اذا كان خفيفا جدا فانه لا يؤثر (الخامس) ان يكون الحاضن في مكان حرز (السادس) خلو المرأة من زوج إلّا ما استثني كما ياتي (السابع) وهو مختص بالرجال وهو ان يكون عنده من يقوم بالمحضون زوجة او سرية او يكون من الانثى ذا محرم وان ادعى عليه احد انه غير صالح للحضانة فعليه البينة قاله ابن راشد وفي الشيخ خليل ما يخالفه ونقله في التوضيح عن ابن العطار ولم يقبله ابن الهندي وسياتي زيادة بيان في بعضها في كلام الناظم وقوله

(الحق للحاضن في الحضانة * وحال هذا القول مستبانه)

(لكونه يسقطها فتسقط * وقيل بالعكس فما ان تسقط)

يعني ان العلماء رحمهم الله اختلفت ءاراؤهم في الحضانة هل هي حق للحاضن وعليه اذا اسقطها تسقط او هي حق للمحضون وهو مراده بالعكس وعليه اذا اسقطها لا تسقط قولان وفي المسئلة قولان ءاخران احدهما انه حق لهما معا قال الامام ابن عرفة وهو اختيار الباجي وابن محرز وقال الشارح وهو اظهر والقول الاخر انها حق لله تعلى وعلى هذه الاقوال الثلاثة ان الحاضن اذا اسقطها لا تسقط ويجبر عليها لكن القول الاول هو البين الظاهر والدليل على انه بين اذا اسقطها تسقط سواء كانت بعوض كخلع الام على حضانتها او بغير عوض واذا طلبت الاجر على مجرد الحضانة فلا يكون لها ذلك على القول المشهور واما خدمة المحضون من عجن وطبخ وغسل ثياب ونحو ذلك فلها الاجرة عليها ، وقوله فما ان تسقط ما نافية وان زائدة (فرع) وفي نوازل الزرهوني انه وجد بخط التاودي على نسخة من الحطاب عند قول المتن او الاسقاط ما نصه ودخل في هذا ما اذا صالح الزوج زوجته على ان تنفق على ولدها منه وعلى ان يتركه لها ولو تزوجت او سافرت فلا يلزمه ذلك اذا تزوجت لانه من اسقاط الشيء قبل وجوبه وهو نص الرماح ولا عبرة ببحث البرزلي فيه وان قبله الحطاب في التزاماته اه محل الحاجة من نوازل النكاح من اجوبة الشيخ المهدي الصغرى (قلت) البعد من قبول اسقاط الحضانة اسلم فقد شاهدت من هلك به مرارا فهي مسئلة كبيرة جدا لا ينبغي لعاقل ان يتساهل فيها ولله عاقبة الامور ، وقوله

655 (وصرفها الى النساء اليق * لانهن في الامور اشفق)

يعني اذا تزاحم المستحقون للحضانة وكانوا رجالا ونساء فصرفها الى النساء اليق من صرفها الى الرجال لانهن اعرف منهم بالقيام بشؤن الولد واشفق وقوله

656 (وكونهن من ذوات الرحم * شرط لهن وذوات محرم)

يعني انه يشترط في الحاضنة ان تكون من ذوات رحم المحضون كالام والخالة والجدة

ونحوهن فلا حضانة للام من الرضاع ونحوها وان تكون من محارمه كالخالة والعمة ونحوهما فلا حضانة لبنت الخالة وبنت العمة ونحوهما واختلف في اشتراط الاسلام فقال في المدونة في الام تكون يهودية او نصرانية او مجوسية لها الحضانة وان خيف ان تغذيهم الخمر ولحوم الخنازير ضمت الى ناس من المسلمين وبه قال سحنون وفي العتبية في الجدة والخالة وقال ابن وهب في الموازية لا حق للام النصرانية لان الام المسلمة اذا كان يثني عليها ثناء سوء نزعوه من يدها فكيف بنصرانية وهو احسن لما يخشى من انقطاعه اليها ان تقذف في قلبه كفرا فيعتقده وليس كذلك اذا كانت في العصمة لان اباه يتفقد حاله ويعرف ما يكون منها له قاله ابن راشد في فائقه وقال عقبه واما الحرية فلا تشترط اهـ واما الرجال فيستحقونها بمجرد الولاية سواء كانوا محرما كالعم او رحما كابنه ام لا كالوصي والمولى وهذا تفصيل لما اجمله في البيت قبله وستاتي بقية الشروط وقـــــوله

(وهي الى الاثغار في الذكور * والاحتلام الحد في المشهور)

(وفي الاناث للدخـول المنتهى *

يعني ان منتهى حضانة الذكر الاثغار وهو تبديل اسنانه كذا قال بعضهم والمشهور المعمول به ان حد حضانة الذكر بلوغه عاقلا صحيح البدن وان منتهى حضانة الانثى دخول زوجها بها كما مر وقـــــوله

والام اولى ثـم امهـا بهـا)

(فامهـا فخـالة فـام الاب * ثـم اب فـام من له انتسب)

(والاخت فالعمة فابنة لاخ * فابنة اخت فاخ بعد رسخ)

(والعصبـات بعد والوصي * احق والسن بهـا مرعي)

يعني ان الحاضنات اذا تزاحمن على استحقاق الحضانة فام الولد اولى ثم ام الام وهي

جدة المحضون ثم ام ام الام وهي جدة امه ثم الخالة ثم ام الاب ثم الاب ثم ام الجد وهي المراد بقوله بمن له انتسب اي ام من انتسب الاب له وهو الجد ثم الاخت ثم العمة ثم بنت الاخ ثم بنت الاخت ثم الاخ ثم الوصي ثم العصبة واذا تعدد من هو في درجة واحدة قدم من هو اكبر سنا لانه اعرف بالامور واشفق ويقدم الشقيق على غيره ويقدم الذي للام على الذي للاب لان الحنانة والشفقة من جهة الام اشد (تنبيه) الترجيح بالصلاح مقدم على الترجيح بالسن قاله الامام ابن عرفة فان تساووا فالقرعة ثم قـــال

662 (وشرطها الصحة والصيانه * والحرز والتكليف والديانه)

663 (وفي الاناث عدم الزوج عدا * جدا لمحضون لها زوجا غدا)

يعني انه يشترط في الحاضن شروط اخر وهي ان يكون الحاضن صحيح الجسم فلا حضانة لعاجز لانه لا يقدر على القيام بمصالح نفسه فاحرى ان لا يقدر على القيام بامور غيره ، وان يكون صينا حفيظا ليحترز بذلك عن لحوق المعرة بسبب عدم الاستحفاظ (فرع) قال ابن الطلاع في وثائقه كثرة الخروج للحاضنة يتوقع منه تضييع المحضونة فتسقط حضانتها اه من فائق الونشريسي ، وان يكون في حرز خوفا من الضياع فلا حضانة لمن كان بطرف العمارة خوفا من السرقة او من السباع او كان بموضع فيه فساد لانه لا يؤمن عليه منه ، وان يكون مكلفا اي عاقلا بالغا وهو ظاهر لا يحتاج الى برهان ، وان يكون دينا فلا حضانة لفاسق واولى الكافر لانه لا يؤمن على المحضون لا في دينه ولا في ماله ولا في بدنه (فرع) سئل ابن ابي زيد عن الحاضنة اذا كانت غير امينة على النفقة وهي قائمة بامور المحضون فيقول الاب تكون كفالتهم عندي ومأواهم اليها فاجاب ليس للاب ذلك حتى يثبت انها غير مامونة على نفقاتهم فان اثبت ذلك فله مقال فان شاءت تحضنهم على ذلك او تترك حضانتهم اه من فائق الونشريسي وقال عقبة نقل عن اللخمي ان خيانتها في النفقة تسقط

حضانتها اه (قلت) كلام اللخمي هو المناسب لما تقدم والله اعلم (فرع) سئل الشيخ التاودي عن مفارق قال لزوجته وله منها اولاد تحضنهم ليس لي ما انفقه عليهم ارسلي لي اولادي ياكلون معي ويبيتون عندك فهل له ذلك ام لا (فاجاب) اذا كان الاب ظاهر الصدق فيما ادعاه من الفقر وعدم القدرة على اعطاء الفرض اجيب لما قال وإلّا لم يجب لما على الحاضنة والاولاد من الضرر في ذلك لان اكلهم غير منضبط الوقت وهذا التفصيل هو المعتمد والله اعلم وفي ابن سلمون عقب ما يفيده كلام التاودي وكذلك ان كان صانعا واراد ان يعلمه بالنهار فله ذلك اي الاكل معه والمبيت عند الحاضنة اه ثم ان الشروط المذكورة عامة في الحاضن سواء كان رجلا او امرأة ويزاد في شروط الانثى خلوها من زوج دخل بها إلّا اذا كان الزوج جدا للمحضون كالجدة للام المتزوجة بوالد الام فلا تسقط حضانتها لان عنده شفقة عليها حتى قيل ان له الحضانة (فرع) وقع السؤال عن المرأة الوصي على بنتها من قبل ابيها هل تسقط حضانتها بتزوجها (والجواب) الراجح عند المحققين والمعتمد من الروايتين عن الامام هو ان المرأة الوصي على اولادها لا تسقط حضانتها بتزوجها ولا ينتزعون منها وبهذا وقع الحكم والفتيا بالاندلس حسبما في نوازل ابن الحاج ونوازل البرزلي وبه جزم صاحب الفائق والشيخ ابو علي في حواشي التحفة حيث قال هذا كثر فيه اضطراب الناس والذي يظهر في ذلك ان الوصية اذا كانت اما فلا اشكال في كون تزوجها لا يسقط حضانتها واما غيرها فالظاهر ايضا عدم السقوط اه واستظهار ابن الحاج خلاف هذا ضعيف وقد رده صاحب الفائق اه من نوازل الحضانة للشيخ المهدي (فرع) اذا زوج الاب المحضونة قبل اطاقتها فان حضانة الام لا تسقط ولا الفرض حتى يدخل بها الزوج وهي مطيقة لان ذلك اضرار بها وحيل على اسقاط حق الام في حضانتها قاله الونشريسي كما في الزرقاني وقوله

(وما سقوطها لعذر قد بدا * وارتفع العذر تعود ابدا)

(وهي على المشهور لا تعود ان * كان سقوطها بتزويج قرن)

يعني ان الحضانة اذا سقطت لعذر ظاهر كالمرض والسفر ثم زال العذر فان الحضانة تعود وكذا اذا وجبت لها الحضانة وهي متزوجة ثم طلقها زوجها او مات عنها فان الحضانة تنتقل اليها لانها معذورة بسبب كونها متزوجة اما ان وجبت لها وهي غير متزوجة فاذا تزوجت وسقطت حضانتها فلا تعود اليها اذا تايمت على القول المشهور لانها ادخلت على نفسها ما يسقط حضانتها فليست بمعذورة كالتي قبلها . وقوله وما سقوطها الخ ما اسم موصول واقع على الحضانة (ثم) قال

(وحيث بالمحضون سافر الولي * بقصد الاستيطان والتنقل)

(فذاك مسقط لحق الحاضنه * إلّا اذا صارت هناك ساكنه)

يعني ان المحضون اذا كان في كفالة حاضنته ثم اراد الولي ان يسافر لبلد ءاخر بقصد الاستيطان على التابيد واراد مع ذلك ان ياخذ المحضون من كفالة حاضنته فله ذلك إلّا اذا انتقلت الحاضنة معه فانها تبقى على حضانتها ولا ينتزع من يدها (تنبيه) انما يكون له اخذه اذا اراد السفر بشروط وهي ان لا يكون هناك ولي ءاخر في مرتبته وان تكون المسافة ستة برد فاكثر وامن الطريق والبلد المنتقل اليه ويثبت جميع ذلك عند الحاكم ووقع اختلاف في اليمين انه ما قصد إلّا الاستيطان والراجح اليمين ولا يلزمه اثبات قصد الاستيطان فان اليمين تغني عن ذلك وقوله

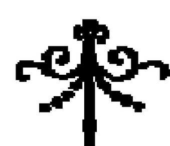
(ويمنع الزوجان من اخراج من * من حين الابتناء معهما سكن)

(من ولد لواحد او ام * وفي سواهم عكس هذا الحكم)

يعني ان من تزوج امرأة ولما بنى بها اتت معها بولد صغير لها او وجدت عنده ولدا صغيرا وسكن ذلك الولد معهما ثم اراد الزوج اخراج ربيبه او ارادت هي اخراج ربيبها فليس لهما ذلك ويجبر الممتنع منهما على السكنى مع ذلك الولد وكذا ان

وجدت مع الزوج امه او اباه وسكتت ثم ارادت اخراجه فليس لها ذلك وقيل لا تجبر الزوجة على السكنى مع ابويه مطلقا إلّا اذا كانت وضيعة كما في الشيخ ميارة. وقوله وفي سواهم عكس هذا الحكم يعني ان الزوج اذا بنى بزوجته ولم تات معها بولد ولا وجدت عنده ولدا او اما او ابا ثم ارادت ان تاتي بولدها او اراد هو ان ياتي بولده او ابويه او احدهما وامتنع الاخر من ذلك فانه لا يجبر على السكنى معه هذا كله اذا كان للولد حاضن يدفع اليه وإلّا اجبر الممتنع على السكنى معه والله تعلى اعلم

كمل بحمد الله تعلى وحسن عونه الجزء الثاني الذي
اوله باب النكاح وءاخره باب البيوع من كتاب توضيح
الاحكام على تحفة الحكام تاليف كاتبه فقير ربه عثمان
ابن المكي التوزري الزبيدي وكان الفراغ منه في
السابع والعشرين من شهر رمضان المعظم
من عام خمسة وثلاثين وثلاثمائة
والف من الهجرة النبوية
على صاحبها افضل
الصلاة وازكى
التحية ءامين



الحمد لله على افضاله والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله وصحابته والناسجين على منواله هذا وان النظارة العلمية قد اطلعت على ما كتبه الفاضل الزكي العالم المدرس الشيخ السيد عثمان بن المكي على رجز ابن عاصم المسمى بتحفة الحكام من باب النكاح الى باب البيوع فالفته حسنا في بابه نافعا لراغبيه وطلابه فلذا شكرت مؤلفه على حسن صنعه واذنت له في نشره وطبعه رجاء لتعميم نفعه وكتب بالنظارة العلمية بالجامع الاعظم ادام الله عمرانه في يوم السبت ٢٩ من ربيع الانور سنة ١٣٣٦ الموافق ليوم ١٢ من جانفي سنة ١٩١٨

صح احمد بيرم   احمد الشريف   محمد رضوان   محمد الطاهر ابن عاشور



تم الجزء الثاني ويليه الجزء الثالث واوله باب البيوع



﴿ هذا برنامج الجزء الثاني من كتاب توضيح الاحكام على تحفة الحكام ﴾
(نفع الله به الخاص والعام)

صحيفة
٠٠٢ باب النكاح وفي شرحه ابحاث مهمة تجب مراعاتها
٠٢٦ فصل في الاولياء
٠٣٤ فصل فيمن له الاجبار
٠٣٨ المسائل التي لا يعذر فيها بالجهل
٠٤٣ فصل في فاسد النكاح
٠٥٤ فصل في مسائل من النكاح
٠٥٩ اسماء عقود التبرعات
٠٦٠ فصل في تداعي الزوجين
٠٦٦ فصل في الاختلاف في القبض
٠٧٠ فصل فيما يهديه الزوج ثم يقع الطلاق
٠٧٢ فصل في الاختلاف في الشوار المورد لبيت البناء
٠٧٣ المسائل التي حدت بالسنة
٠٧٥ فصل في الاختلاف في متاع البيت
٠٧٦ فصل في القيام بالضرر وبعث الحكمين
٠٨٤ فصل في الرضاع
٠٩٠ فصل في عيوب الزوجين

صحيفة
١٠٠ فصل في الايلاء والظهار
١٠٩ فصل في اللعان
١١٦ باب الطلاق والرجعة
١٢١ بيان الطلاق البائن والرجعي
١٢٥ احكام كثيرة يوجبها مغيب الحشفة
١٢٦ حكم طلاق الثلاث في كلمة واحدة
١٢٩ فصل في الخلع
١٣٥ فصل في صريح الطلاق وكنايته وما قيل في تحريم الزوجة وفيه طلاق السكران والمريض والمكره في الفعل او في القسم
١٤١ فصل في الحلف بالايمان اللازمة وفيه حلف العامة بقولهم بالحرام او بالازمة وطلاق الغضبان
١٤٤ فصل وموقع الطلاق دون نية وفيه حكم ما يلتزمه الزوج لزوجته ثم يقع الطلاق ثم يراجع هل يرجع عليه ما التزمه ام لا
١٤٧ فصل في التداعي في الطلاق

﴿ اكمال برنامج الجزء الثاني من كتاب توضيح الاحكام على تحفة الحكام ﴾

صحيفة

١٥٠ فصل اذا اراد الزوج الرجعة من الطلاق الرجعي فادعت الزوجة انقضاء العدة

١٥٣ فصل في المراجعة

١٥٥ فصل في الفسخ

١٥٥ باب النفقة

١٦٠ فصل في التداعي في النفقة

صيحفة

١٦٢ فصل فيما يجب للمطلقات وغيرهن

١٦٥ المسائل التي يعتد فيها الرجل

١٦٨ فصل في الطلاق بالاعسار بالنفقة

١٧١ فصل في حكم المفقود

١٧٤ فصل في الحضانة

الخطا الواقع في الجزء الاول

صحيفة	سطر	خطا	صواب
١٦	١٩	سة	ست
٣٠	١٨	يعرض	يمرض
٣٢	١٣	وندم	وقدم
٣٢	١٦	مراجعة	مرافعة
٣٥	٢٠	كلاهما	كلامهما
٤٢	٠٥	فانه حلف	فان حلف
٤٤	٠٧	لك	له
٨٧	٠٨	ابن حبيب	ابن الماجشون
٩٣	٢٣	وفتحهما	وفتحها
٩٤	١١	دعى	عدا
١٢٩	١١	يعني ابن	يعني ان
١٣١	٠٥	فقال رجل يقتل	فقال يقتل
١٣١	٠٦	واحد منهم	واحد منهما
١٣٣	١١	بيده	له به
١٣٣	١٢	وانكاره	وانكارها
١٣٣	١٢	وانكاره فبعد	وانكارها فبعد
١٣٣	١٦	بينة منهما	بينة واحد منهما
١٧٠	٠٤	لزوجها	بزوجها

الخطا الواقع في الجزء الثاني

صحيفة	سطر	خطا	صواب
١٠	١٣	موة	مرة
٦٣	١٢	ثلاثا لا ميراث	ثلاثا وعلى الثاني لا ميراث
١٤٤	١٥	قبلها لا للقسم كما	قبلها كما